

GUNTHER BARBEY

Rechtsübertragung und Delegation

**Eine Auseinandersetzung mit der Delegationslehre
Heinrich TRIEPELS**

1962

Rechtsübertragung und Delegation

Eine Auseinandersetzung mit der Delegationslehre

Heinrich TRIEPELS

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des

akademischen Grades eines Doktors der Rechte

durch die

Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät

der Westfälischen Wilhelms-Universität

zu Münster

vorgelegt von

GÜNTHER BARBEY

aus Eilenburg

(Prov. Sachsen)

1962



1. Berichterstatter: Prof. Dr. KLEIN
 2. Berichterstatter: Prof. Dr. WOLFF
- Dekan : Prof. Dr. GMÜR
- Tag der mündlichen Prüfung: 23. Juli 1960

Inhaltsverzeichnis

Einleitung: Zielsetzung, Rechtfertigung und Umfang der Untersuchung	1
--	---

Erster Abschnitt: Kritik des TRIEPELSchen Delegations- begriffs

1. Kapitel: Gegenstand und Problemlage

§ 1: Bestimmung des Untersuchungsgegenstandes und der allgemeinen Problemlage	10
§ 2: Die Unklarheit des TRIEPELSchen Delegations- begriffs	11
§ 3: Die aus der Unklarheit der TRIEPELSchen Aus- sagen folgende besondere Problemlage	15

2. Kapitel: Zum Begriff der Zuständigkeit

§ 4: Der Begriff der Zuständigkeit im Rahmen des TRIEPELSchen Delegationsbegriffs	17
§ 5: Organzuständigkeit und Hoheit	19
§ 6: Die Abweichungen des hier vertretenen Zuständig- keitsbegriffs vom Zuständigkeitsbegriff TRIEPELS und ihre Unerheblichkeit für das Verständnis des TRIEPELSchen Delegationsbegriffs	26

3. Kapitel: Die Delegation als behauptete Übertragung von Berechtigungen

§ 7: Syntaktische Funktion und logische Struktur des Ausdrucks "übertragen"	28
§ 8: Die möglichen semantischen Funktionen des Aus- drucks "übertragen" bei seiner Verwendung zur Bestimmung gemeinter Sachverhalte	31
§ 9: Die möglichen semantischen Funktionen des Aus- drucks "übertragen" hinsichtlich der Behauptung einer Übertragung von Berechtigungen	32
§ 10: Die bloße Bezeichnungsfunktion des Ausdrucks "übertragen" bei seiner Verwendung als Defini- tionselement des Begriffs "Delegation"	48

4. Kapitel: Abweisung des TRIEPELSchen Delegationsbegriffs

§ 11: Das Ordnungskriterium des TRIEPELSchen Systems der Delegation	53
§ 12: Abweisung des TRIEPELSchen Delegationsbegriffs	60

Zweiter Abschnitt: Die Strukturmerkmale der Delegation

1. Kapitel: Die Delegation als Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit

§ 13: Die Struktur der Delegation und ihre Abgrenzung von der Änderung und Durchbrechung einer Regel	62
§ 14: Der Kompetenzverlust des Inhabers der ordentlichen Zuständigkeit als nicht-spezifisches Merkmal einer Delegation	84
§ 15: Die Identität des Inhabers der ordentlichen Zuständigkeit mit dem Autor der delegierenden Norm als nicht-spezifisches Merkmal einer Delegation	86

2. Kapitel: Die Zulässigkeitsvoraussetzungen von Delegationen

§ 16: Die Delegationsnorm als Zuständigkeitsnorm . . .	92
§ 17: Die doppelte Wurzel der Lehre von den Zulässigkeitsvoraussetzungen bei Heinrich TRIEPEL	93
§ 18: Die Unzulässigkeit der Annahme gewohnheitsrechtlich begründeter Delegationsnormen	97
§ 19: Die besondere Gestattung als Zulässigkeitsvoraussetzung der Delegation	103

3. Kapitel: Abgrenzung der Delegation von anderen organisationsrechtlichen Tatbeständen

§ 20: Die Regelnorm als Voraussetzung der Möglichkeit der Annahme einer Delegation	106
§ 21: Delegation und Erfüllung organisationsrechtlicher Grundsätze	107
§ 22: Delegation und Verdrängung nur subsidiär geltender Zuständigkeitsnormen	112

§ 23: Delegation und inhaltliche Ergänzung bzw. Erweiterung von Zuständigkeiten	115
--	-----

4. Kapitel: Die Arten der Delegation

§ 24: Das Ordnungskriterium	118
§ 25: Die Delegation von Hoheiten und die Delegation von Organzuständigkeiten	118
§ 26: Die schlichte und die inkorporierende Dele- gation von Organzuständigkeiten	119
§ 27: Die devolvierende und die konservierende, die totale und die partielle Delegation	122

5. Kapitel: Die sogenannte Sub-Delegation

§ 28: Die Sub-Delegation als Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit	127
§ 29: Die Entbehrlichkeit des Begriffs der Sub- Delegation	132
§ 30: Zum Inhalt des Satzes "delegatus non potest delegare"	135



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555417_0001

Literaturverzeichnis

BALLREICH, Hans

Die Übertragung rechtsetzender Gewalt in Frankreich, Belgien und Luxemburg
in: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat
Bd. 12 der wissenschaftlichen Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V.
bearb. v. W.E. GENZMER und W. EINBECK
Frankfurt/Main (Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten) 1952, S. 325 - 372
- BALLREICH in Übertragung -

BERNHARDT, Rudolf

Der Abschluß völkerrechtlicher Verträge im Bundesstaat
Eine Untersuchung zum deutschen und ausländischen Bundes-Staatsrecht
Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht, Heft 32
Köln-Berlin (Heymann) 1957

DENNEWITZ, Bodo u.a.
(Herausgeber)

Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar)
Hamburg (Hansischer Gildeverlag) 1950ff.
- (jeweiliger Autor) in BK -

FREYTAG LÖRINGHOFF,
Baron von, Bruno

Logik
Ihr System und ihr Verhältnis zur Logistik
Stuttgart (Kohlhammer), 2. Aufl. 1957

GECK, Wilhelm

Die Übertragung rechtsetzender Gewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika
in: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat
Bd. 12 der wissenschaftlichen Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V.
bearb. v. W. E. GENZMER und W. EINBECK
Frankfurt/Main (Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten) 1952, S. 221 - 294
- GECK in Übertragung -

GIACOMETTI, Zaccaria

Über das Rechtsverordnungsrecht
im schweizerischen Bundesstaate
in: Festgabe für Fritz FLEINER
zum 60. Geburtstag, 24. Januar 1927
Tübingen (Mohr) 1927, S. 360-399
- Rechtsverordnungsrecht -

"

Verordnungsrecht und Gesetzesde-
legation
in: Festgabe der Rechts- und
Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich zum schwei-
zerischen Juristentag 1928
Zürich (Schulthess) 1928, S. 73 -
106
- Gesetzesdelegation -

"

Schweizerisches Bundesstaatsrecht
Neubearbeitung der ersten Hälfte
des gleichnamigen Werkes von
Fritz FLEINER
Zürich (Polygraphischer Verlag)
1949
- Bundesstaatsrecht -

GIESE, Friedrich

Grundgesetz für die Bundesrepublik
Deutschland vom 23. Mai 1949
Frankfurt/Main (Kommentator),
4. Aufl. 1955 (mit Nachtrag 1956)
- Kommentar -

GMELIN, Hans

Artikel Verordnung
in: Handwörterbuch der Rechts-
wissenschaft, hrsg. v. Fritz
STIER-SOMLO und Alexander ELSTER
Berlin-Leipzig (de Gruyter),
Bd. 6 (1929), S. 489 - 495

HAMANN, Andreas

Das Grundgesetz für die Bundes-
republik Deutschland vom 23. Mai
1949
Ein Kommentar für Wissenschaft
und Praxis
Berlin-Neuwied-Darmstadt (Luch-
terhand) 1956
- Kommentar -

KASER, Max

Das Römische Privatrecht
Erster Abschnitt: Das altrömische,
vorklassische und klassische
Recht
München (Beck) 1955

KLEIN, Friedrich

Verordnungsermächtigungen nach
deutschem Verfassungsrecht (Vor-
bericht)
in: Die Übertragung rechtsetzender
Gewalt im Rechtsstaat
Bd. 12 der wissenschaftlichen
Schriftenreihe des Instituts zur
Förderung öffentlicher Angelegen-
heiten e.V.
bearb. v. W. E. GENZMER und
W. EINBECK
Frankfurt/Main (Institut zur För-
derung öffentlicher Angelegenhei-
ten) 1952, S. 7 - 78
- KLEIN in Übertragung -

"

Die Übertragung rechtsetzender Ge-
walt nach deutschem Verfassungs-
recht (Referat)
in: Die Übertragung rechtsetzender
Gewalt im Rechtsstaat
Bd. 12 der wissenschaftlichen Schrif-
tenreihe des Instituts zur Förderung
öffentlicher Angelegenheiten e.V.
bearb. v. W. E. GENZMER und
W. EINBECK
Frankfurt/Main (Institut zur För-
derung öffentlicher Angelegenhei-
ten) 1952, S. 79 - 117
- KLEIN in Übertragung -

"

Verfassungsrechtliche Grenzen der
Gemeinschaftsaufgaben
in: Gemeinschaftsaufgaben zwischen
Bund, Ländern und Gemeinden
Vorträge und Diskussionsbeiträge
des 29. Staatswissenschaftlichen
Fortbildungskursus der Hochschule
für Verwaltungswissenschaften
Speyer 1961
Berlin (Duncker & Humblot) 1961,
S. 125 - 174
- Gemeinschaftsaufgaben -

KLEIN, Karl Heinz

Die Übertragung von Hoheitsrech-
ten
Diss. jur. Frankfurt 1952
Berlin (Duncker & Humblot) 1952

KRELLER, Hans

Res als Zentralbegriff des Insti-
tutionensystems
in: SZ, Bd. 66 (1948), S. 572-599

- VII -

- KUCHENHOFF, Erich Ausdrückliches, stillschweigendes und ungeschriebenes Recht in der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung
zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Rechtsgewinnung und zum Verfassungsrecht der USA
Diss. jur. Münster 1956
AöR Bd. 82 (Neue Folge Bd. 43) (1957), S. 413-479
- KUCHENHOFF, Günther - Allgemeine Staatslehre
KUCHENHOFF, Erich Stuttgart (Kohlhammer), 3. Aufl. 1957
- KUHNE, Fritz Das Problem der Delegation und Subdelegation von Kompetenzen der Staatsorgane
Diss. jur. Zürich 1941
Aarau (Sauerländer) 1941 =
Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Neue Folge, Heft 79
Aarau (Sauerländer) 1941
- LABAND, Paul Das Staatsrecht des Deutschen Reiches Bd. 2
Tübingen (Mohr) 5. Aufl. 1911
- Deutsches Staatsrecht II -
- von MANGOLDT, Hermann Das Bonner Grundgesetz
Berlin - Frankfurt/Main (Vahlen) 1953
- Kommentar -
- von MANGOLDT, Hermann - Das Bonner Grundgesetz
KLEIN, Friedrich Berlin - Frankfurt/Main (Vahlen), 2. Aufl., Bd. 1, 1957
- Kommentar -
- MEYER, Georg - Lehrbuch des deutschen Staatsrechts
ANSCHÜTZ, Richard München - Leipzig (Duncker und Humblot),
7. Aufl. 1919
- MITTEIS, Heinrich Der Staat des Hohen Mittelalters
Weimar (Böhlau), 4. Aufl. 1953
- NAWIASKY, Hans Allgemeine Staatslehre
Teil II: Staatsgesellschaftslehre
Bd. 2: Staatsfunktionen, Staatsmittel
Einsiedeln - Zürich - Köln (Benzinger) 1955
- OBERMEYER, Klaus Die Übertragung von Hoheitsbefugnissen im Bereich der Verwaltungsbehörden
JZ 1956, S. 625 - 630

PETERS, Hans

Die staatsrechtliche Ermächtigung
in: Beiträge zum öffentlichen
Recht (Deutsche Landesreferate
zum III. internationalen Kongreß
für Rechtsvergleichung in London
1950)
Berlin - Tübingen (de Gruyter und
Mohr) 1950, S. 840 - 857
(Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht)

RASCH, Ernst

Die Festlegung und Veränderung
staatlicher Zuständigkeiten
(Delegation, Mandat, Ausfüllung
von Rahmenbestimmungen)
DöV 1957, S. 337-339

RIDDER, Helmut K. J.

Die Übertragung rechtsetzender Gewalt in Großbritannien
in: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat
Bd. 12 der wissenschaftlichen Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V.
bearb. v. W. E. GENZMER und W. EINBECK
Frankfurt/Main (Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten) 1952, S. 295-324
- RIDDER in Übertragung -

RÜMELIN, Max

Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung
Rede, gehalten bei der akademischen Preisverleihung am 6. November 1929
Tübingen (Mohr) 1929

SCHEUNER, Ulrich

Ausländische Erfahrungen zum Problem der Übertragung rechtsetzender Gewalt
in: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat
Bd. 12 der wissenschaftlichen Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V.
bearb. v. W. E. GENZMER und W. EINBECK
Frankfurt/Main (Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten) 1952, S. 118 - 166
- SCHEUNER in Übertragung -

SCHNEIDER, Peter

Die Übertragung rechtsetzender Gewalt in der Schweiz
in: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat
Bd. 12 der wissenschaftlichen Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V.
bearb. v. W.E. GENZMER und W. EINBECK
Frankfurt/Main (Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten) 1952, S. 373 - 410
- SCHNEIDER in Übertragung -

SOHM, Rudolf

Der Gegenstand
ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches
Leipzig (Duncker und Humblot) 1905

TRIEPEL, Heinrich

Empfiehlt es sich, in die Reichsverfassung neue Vorschriften über die Grenzen zwischen Gesetz und Rechtsverordnung aufzunehmen?
Bericht auf dem 32. deutschen Juristentag in Bamberg im September 1921
in: Verhandlungen des 32. deutschen Juristentages Bamberg
Berlin - Leipzig (de Gruyter) 1922
S. 11 - 35
- Verhandlungen -

"

Delegation und Mandat im öffentlichen Recht
Eine kritische Studie
Stuttgart - Berlin (Kohlhammer) 1942
- Delegation

WOLFF, Hans J.

Organschaft und juristische Person
Bd. 1: Juristische Person und Staatsperson
Berlin (Heymann) 1933
- Juristische Person -

"

Organschaft und Juristische Person
Bd. 2: Theorie der Vertretung
Berlin (Heymann) 1934
- Vertretung -

"

Vorlesung über allgemeines Verwaltungsrecht
Münster (Regensburg) 1947 (als Manuskript gedruckt)
- Vorlesung -

Wolff, Hans J.

Verwaltungsrecht I
Ein Studienbuch
München - Berlin (Beck)
4. Aufl. 1961
- Verwaltungsrecht I (4. Aufl.) -

Abkürzungen

BK	Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), hrsg. v. Bodo Dennewitz u.a. Hamburg (Hansischer Gildenverlag) 1950ff.
DöV	Die öffentliche Verwaltung (1. 1948ff.)
GS	Preußische Gesetzssammlung (1907 - 1945; bis 1906: Gesetzssammlung für die Königlich Preußischen Staaten)
JZ	Juristenzeitung (6. 1951ff.; Fortsetzung der Deutschen Rechtszeitschrift (1. 1946 - 5. 1950) und der Süddeutschen Juristen- zeitung (1. 1946 - 5. 1950))
PrPVG	Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931 (GS S. 77)
RV 1871	Gesetz betr. die Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871 (RGBl. S. 63)
SZ	Zeitschrift der SAVIGNY-Stiftung für Rechtsgeschichte (früher: Zeitschrift für Rechtsgeschichte), Romanistische Abtei- lung (1. 1880ff.)
Übertragung	Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, Bd. 12 der wissenschaft- lichen Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V. bearb. v. W. E. GENZMER und W. EINBECK Frankfurt/Main (Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten) 1952
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (1. 1924ff.)
Wehrbeitrag 1 bzw. 2	Der Kampf um den Wehrbeitrag München (Isar) 1. Halbband: Die Feststellungsklage (1952) 2. Halbband: Das Gutachtenverfahren (1953)
WRV	Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919 (Weimarer Reichsver- fassung) (RGBl. S. 1383)

Einleitung: Zielsetzung, Rechtfertigung und Umfang der Untersuchung

1. Die vorliegende Untersuchung versucht, durch eine Bestimmung des Delegationsbegriffs die Voraussetzungen für eine kritische Betrachtung der Lehren vom Gesetzesbegriff zu schaffen. Sie verfolgt damit zwei Ziele. Sie bemüht sich um abschließende Ergebnisse, insoweit der Delegationsbegriff als solcher erörtert wird. Sie hat nur einleitenden Charakter, insoweit sie mit der Bestimmung eines allgemein-gültigen Delegationsbegriffs einen Standpunkt zu gewinnen sucht, der außerhalb der Lehren vom Gesetzesbegriff liegt und deshalb im Wechsel und in der Verschiedenheit dieser Lehren die Beständigkeit des kritischen Maßstabes gewährleistet. Die Anwendung dieses Maßstabes auf die Lehren vom Gesetzesbegriff, d.h. die Bestimmung des Verhältnisses zwischen dem Delegationsbegriff und dem Gesetzesbegriff und die Ableitung der Folgerungen, die sich aus der Struktur der (Gesetzes-) Delegation hinsichtlich des Gesetzesbegriffs ergeben, müssen einer weiteren Untersuchung vorbehalten bleiben.

2. Die Untersuchung des Delegationsbegriffs wäre überflüssig, wenn angenommen werden könnte, daß die Struktur der Delegation bereits hinreichend aufgedeckt und in einem allgemein-gültigen, eigenständigen und folgerichtig angewendeten Delegationsbegriff erfaßt worden sei. Dies scheint jedoch - zumindest im Bereiche der deutschen Staatsrechtstheorie - nicht der Fall zu sein.

Zwar hat im Bereich der deutschen Theorie der Begriff der Delegation "seine inhaltliche Festlegung und Abgrenzung für das öffentliche Recht durch Heinrich TRIEPEL in seiner kritischen

monographischen Begriffsstudie 'Delegation und Mandat im öffentlichen Recht' erfahren"¹⁾, und ferner ist zu beobachten, daß der Delegationsbegriff TRIEPELS auch in die nicht spezifisch juristische Literatur Eingang gefunden hat.²⁾ Trotz solcher unbezweifelbaren Anerkennung und Verwendung des von TRIEPEL geprägten Delegationsbegriffs und seiner Unterarten im Bereiche des öffentlichen Rechts³⁾ liegen jedoch gewisse Anzeichen vor, die eine unkritische Anerkennung dieses Begriffs und des aus ihm abgeleiteten Systems der Delegation⁴⁾ verbieten.

Diese sind weniger in der Tatsache begründet, daß sich der Delegationsbegriff TRIEPELS nicht völlig durchgesetzt hat⁵⁾,

-
- 1) So KLEIN in Übertragung S. 8. Die Definition TRIEPELS lautet: "Unter Delegation im Sinne des öffentlichen Rechts verstehe ich den Rechtsakt, durch den der Inhaber einer staatlichen oder gemeindlichen Zuständigkeit, also der Staat, die Gemeinde selbst oder eines der Staats- oder Gemeindeorgane, seine Kompetenz ganz oder zum Teil auf ein anderes Subjekt überträgt. Delegation bedeutet Kompetenzverschiebung, und zwar enthält sie, im strengen Sinne genommen, gleichzeitig Abschiebung und Zuschreibung einer Kompetenz, beides beruhend auf dem Willen dessen, der an Zuständigkeit verliert." (Delegation S. 23).
 - 2) Vgl. den Artikel "Delegation" in: Der große Herder, Nachschlagewerk für Wissen und Leben, 5. neubearbeitete Auflage von Herders Konversationslexikon, Freiburg (Herder) 1953 einerseits, die Definition TRIEPELS (Delegation S. 23) andererseits.
 - 3) Vgl. z.B. in Übertragung: S. 8f., 45f., 47, 72, 90 und Fußnote 98 zu S. 109f. (KLEIN); S. 230, 253, 260 (GECK); S. 300f. (RIDDER); Fußnote 21 zu S. 332 (BALLREICH). Ferner etwa OBERMAYER a.a.O. Fußnoten 6, 7 und 9 zu S. 625 und Fußnoten 11, 16, 17 und 19 zu S. 626.
 - 4) Vgl. TRIEPEL, Delegation S. 93ff.
 - 5) So schreibt NAWIASKY a.a.O. S. 4, man habe "keine Bedenken getragen, wenn die Legislative die ihr eigentlich zustehende Aufgabe nur teilweise erfüllt hat, indem sie einem der anderen Organe die Vollmacht erteilt hat, an ihrer Stelle Rechtssätze aufzustellen ... (Delegation der Gesetzgebung)" (im Original teilweise gesperrt). Diese Definition unterscheidet sich von derjenigen TRIEPELS grundsätzlich dadurch, daß sie die Delegation als Rechtsgeschäft auffaßt, während TRIEPEL eine solche Konstruktion ausdrücklich ablehnt (Delegation S. 28), die Delegation vielmehr als - die Übertragung der jeweils betroffenen Zuständigkeit bewirkende (Delegation S. 23) - Ände-

und auch nicht darin, daß die begrifflichen Abgrenzungen TRIEPELS leicht zu Verwechslungen Anlaß bieten.⁶⁾⁷⁾

Bedenken hinsichtlich einer unkritischen Verwendung des TRIEPELSchen Delegationsbegriffs ergeben sich vielmehr zunächst aus der Beobachtung, daß mit ihm zwar immer dann

rung der objektiven Zuständigkeitsordnung ansieht (Delegation S. 29, 88, 110, 127 u.ö.). Andererseits deckt sich der Delegationsbegriff NAWIASKYS aber auch nicht mit dem Begriff des Mandats i.S. TRIEPELS: Nach TRIEPEL liegt ein Mandat vor, wenn das bevollmächtigte Subjekt "des Mandanten Kompetenz in seinem, des Mandanten Namen" ausübt (Delegation S. 26). Der Delegatar i.S. NAWIASKYS handelt jedoch nicht "im Namen", sondern "anstelle" des Deleganten; er "vertritt" ihn nicht, sondern "ersetzt" ihn in bezug auf die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben.

6) Das wird von TRIEPEL bezüglich der Abgrenzung der sogenannten "konservierenden" Delegation von der "Delegation zur Ausübung" selbst zugestanden (Delegation S. 54).

7) Vgl. dazu z.B. bei MITTEIS a.a.O. S. 32, der ausführt, THEODERICH habe "den Romanen gegenüber das magisterium militiae praesentale und die darin enthaltene Zivilgewalt kraft Amtsauftrags von Ostrom" ausgeübt und (Fußnote 2 zu S. 32) hinzufügt, so sei "statt 'Delegation' zu sagen nach Heinrich Triepel, Delegation und Mandat im öffentlichen Recht, 1942, S. 23f." TRIEPEL hat aber den Ausdruck "Amtsauftrag" an den angegebenen Stellen nicht gebraucht, und auch sonst nicht gesagt, man müsse "Amtsauftrag" statt "Delegation" sagen. Er hat vielmehr u.a. zwischen der Delegation und dem Mandat unterschieden (Delegation S. 23f., 26, 131-146 u.ö.), und sich gegen die Benennung bestimmter Arten des Mandats als "Delegation zur Ausübung" ausgesprochen (Delegation S. 36f.). Selbst der mit den Begriffen TRIEPELS vertraute Leser kann deshalb nicht mit Sicherheit feststellen, ob MITTEIS nun (irrtümlich) der Auffassung ist, TRIEPEL habe den Ausdruck "Delegation" durch den bedeutungsgleichen Ausdruck "Amtsauftrag" ersetzt wissen wollen, oder ob er meint, THEODERICH habe das magisterium militiae praesentale nicht kraft Delegation, sondern kraft Mandats i.S. TRIEPELS wahrgenommen. Der Gesamtzusammenhang der Ausführungen MITTEIS' (a.a.O. S. 32) läßt beide Deutungsmöglichkeiten zu.

gearbeitet wird, sofern das Thema der Delegation abstrakt und ausdrücklich behandelt wird, während er zur konkreten juristischen Durchdringung von Sachverhalten nicht benutzt wird, deren juristische Struktur noch nicht aufgedeckt ist, die aber möglicherweise die spezifischen Merkmale einer Delegation aufweisen könnten.

Einen Beleg hierfür bilden die Erörterungen über die juristische Struktur der durch Art. 24 Abs. 1 GG geregelten Sachverhalte⁸⁾, sowie sie in den Kommentierungen dieser Bestimmung⁹⁾, den Äußerungen zu dieser Vorschrift im Rahmen des sog. "Wehrstreits"¹⁰⁾ und schließlich in der einschlägigen Monographie Karl Heinz KLEINs¹¹⁾ ihren Niederschlag gefunden haben. Alle diese Äußerungen behandeln die Problematik der "Übertragung von Hoheitsrechten" i.S. des Art. 24 Abs. 1 GG nicht von der Grundlage des TRIEPELSchen Delegationsbegriffs aus, sehen sie auch nicht eingefügt in die Gesamtproblematik des Delegationsthemas, sondern werten sie als Vorgänge sui generis.

⁸⁾ Vgl. zur Auffassung TRIEPELS über die juristische Struktur der "Übertragung von Hoheitsrechten" von einem Staat auf einen anderen, bzw. von einem Staat auf eine zwischenstaatliche Einrichtung, Delegation S. 92 und 101f., dazu auch Delegation S. 80f.

⁹⁾ Vgl. GIESE, Kommentar, Anm. II 1 zu Art. 24, S. 53; HAMANN, Kommentar, Anm. C 1-4 zu Art. 24, S. 191f.; v. MANGOLDT, Kommentar, Anm. 3 zu Art. 24, S. 163f.; v. MANGOLDT-KLEIN, Kommentar, Anm. III zu Art. 24, S. 659ff.; MENZEL in BK, Anm. II 1 und 2 zu Art. 24.

¹⁰⁾ Vgl. - in der Reihenfolge des Abdrucks -:
a) in Wehrbeitrag 1: ANTRAGSTELLER IM WEHRSTREIT (S. 8); LANDESREGIERUNG HESSEN (S. 90f.); LANDESREGIERUNG NIEDERSACHSEN (S. 108f.); SMEND (S. 150); SÜSTERHEHN (S. 270f.); MENZEL (S. 284f., 292-296); SCHÄTZEL (S. 342-354);
b) in Wehrbeitrag 2: BUNDESREGIERUNG (S. 8, 27, 29f.), KAUFMANN (S. 49-56); v. MANGOLDT (S. 91f.); SCHEUNER (S. 137-140, 143-146, 151f.); THOMA (S. 158-171); WEBER (S. 183f.); Ernst WOLFF (S. 203); SPD-BUNDESTAGSFRAKTION (S. 246f., 276, 278-281, 290-304); FORSTHOFF (S. 329-336); LÖWENSTEIN (S. 384-387); LANDESREGIERUNG NIEDERSACHSEN (S. 446-449, 451-454); Friedrich KLEIN (S. 461, 466-475); KRAUS (S. 537-544, 545-554); SMEND (S. 561); MAUNZ (S. 591-605); SCHÄTZEL (S. 630-646); LANDESREGIERUNG RHEINLAND-PFALZ (S. 661); v.d. HEYDTE-HETTLAGE (S. 669-672).

¹¹⁾ Karl Heinz KLEIN: Die Übertragung von Hoheitsrechten, Berlin (Duncker und Humblot) 1952, passim.

Besonders die Untersuchung Karl Heinz KLEINs ist - weil als Monographie auf die erschöpfende wissenschaftliche Erörterung des Themas bedacht - aufschlußreich für die Tatsache, daß der Delegationsbegriff TRIEPELs zur dogmatischen Durchdringung noch unerschlossener Sachverhalte nicht eingesetzt wird, vielmehr unbeachtet bleibt.¹²⁾

Der Delegationsbegriff TRIEPELs fällt aber praktisch nicht nur dann aus, wenn es sich um die juristische Durchdringung noch unerschlossener Sachverhalte handelt, sondern gestattet selbst dann nicht immer eine zweifelsfreie und überzeugende Bewertung bestimmter Sachverhalte als Delegationen, wenn diese schlüssig als Delegationen i.S. TRIEPELs angesehen werden können:

Friedrich KLEIN hat - in Erwiderung auf eine Diskussionsbemerkung KAUFMANNS, der den auf Grund des Art. 80 Abs. 1 GG er-

¹²⁾ Die Monographie TRIEPELs bleibt in der Untersuchung Karl Heinz KLEINs - auch im Literaturverzeichnis - unerwähnt. Demgemäß setzt sich Karl Heinz KLEIN auch nicht mit der Behandlung des Themas der "Übertragung von Hoheitsrechten" bei TRIEPEL auseinander (vgl. Delegation S. 92, 101f., 80f.). Insbesondere meint Karl Heinz KLEIN, eine "endgültige Abtretung" von Hoheitsrechten an eine zwischenstaatliche Einrichtung habe, sobald die abgetretenen Rechte einen wesentlichen Teil der Staatsgewalt ausmachen, notwendig zur Folge, daß diese Einrichtung bundesstaatliche Züge trage (vgl. a.a.O. S. 35, 48, 67), daß "in irgendeiner Form eine neue Gesamtstaatsgewalt gebildet" werde, "in der Gemeinschaft und Mitglieder Teilordnungen bilden" (a.a.O. S. 48). TRIEPEL hingegen vertritt die Auffassung, ein Bundesstaat könne nicht durch Delegationen (Übertragungen) von Hoheitsrechten geschaffen werden (vgl. Delegation S. 80f.). Wenn aber damit Karl Heinz KLEIN die Bildung eines Bundesstaates durch "Übertragung von Hoheitsrechten" für möglich, TRIEPEL die Entstehung eines Bundesstaates auf diesem Wege nicht für möglich hält, so weisen diese gegensätzlichen Aussagen auf tiefgreifende und erörternswerte Unterschiede der Auffassungen der beiden Autoren hinsichtlich der rechtlichen Bewertung des "Übertragungs"-Vorgangs selbst zurück. Das Beispiel zeigt, daß der ausdrücklichen Anerkennung der Lehren TRIEPELs (soweit es sich um die abstrakte Erörterung des Delegationssthemas handelt) die Nichtbeachtung dieser Lehren gegenübersteht (soweit es um die konkrete juristische Durchdringung noch nicht erschlossener Sachverhalte geht).

teilten Ermächtigungen zum Erlaß von Rechtsverordnungen den Charakter von Delegationen abgesprochen hatte¹³⁾ - ausgeführt: Wenn man sich der klassischen Unterscheidung zwischen formellem Gesetz und materiellem Gesetz anschließe, dann erlasse die Bundesregierung in Wahrnehmung einer nach Art. 80 Abs. 1 GG erteilten Ermächtigung Rechtssätze, d.h. materielle Gesetze i.S. dieser Unterscheidung. Da die Bundesregierung aber zur Exekutive und damit zu den Gewalten gehöre, denen die Rechtsetzung nicht ursprünglich eigne, müsse sie demgemäß durch Übertragung - d.h. durch Delegation¹⁴⁾ - rechtsetzender Gewalt ermächtigt werden.¹⁵⁾ Aus diesem Gedankengang ergibt sich, daß anscheinend zumindest der Begriff der Delegation gesetzgebender Gewalt einen jeweils verschiedenen Inhalt haben kann, je nachdem, ob man von der herkömmlichen Scheidung zwischen formellem Gesetz und materiellem Gesetz ausgeht und aus dieser Unterscheidung auf den Begriff der Gesetzesdelegation schließt, oder nicht.

Hieraus folgt, daß jedenfalls der Begriff der Gesetzesdelegation anscheinend keinen eigenständigen juristischen Gehalt hat. Er gestattet offenbar, unter jeweils verschiedenen Voraussetzungen jeweils verschiedene Sachverhaltsklassen als Gesetzesdelegationen zu bewerten. Dieser Umstand ist von erheblicher Bedeutung: Wenn der Begriff der Gesetzesdelegation - wie die Aussagen KAUFMANNs und Friedrich KLEINs bei - spielhaft zeigen - als Implikation aus einem vorausgesetzten Gesetzesbegriff gebildet wird und deshalb beliebig abwandelbar ist, so besteht die Gefahr, Sachverhalte, die mit einer Delegation nichts zu tun haben, den gerade und nur für die Vornahme von Delegationen geltenden Zulässigkeitsregeln zu

¹³⁾ Vgl. in Übertragung S. 174f.

¹⁴⁾ Vgl. in Übertragung S. 179 Abs. 1 Zeilen 3 - 7 i.V. mit Abs. 2 Satz 3.

¹⁵⁾ Vgl. in Übertragung S. 179 Abs. 2 Satz 3.

unterwerfen. Weiterhin führt die beschriebene Anknüpfung des Begriffs der Gesetzesdelegation an einen vorausgesetzten Gesetzesbegriff - statt an einen allgemein-gültigen Delegationsbegriff - dazu, den Gesetzesbegriff von einer Kontrolle durch den Delegationsbegriff freizustellen. Beide Umstände zusammen lassen es als möglich erscheinen, daß die Lehre von der Gesetzesdelegation ihren Zusammenhang mit den allgemeinen Lehren von der Delegation verloren hat und mit dem Delegations-thema nur noch dem Namen nach verknüpft ist.

Die angeführten Tatsachen - weitaus überwiegende, aber nicht ausnahmslose Anerkennung des TRIEPELschen Delegationsbegriffs, Verwechslungsmöglichkeiten innerhalb des von TRIEPEL geschaffenen Delegationssystems, Nichtbeachtung der TRIEPELschen Theorie bei der wissenschaftlichen Durchdringung noch unerschlossener Sachverhalte, mangelnder eigenständiger Gehalt jedenfalls des Begriffs der Gesetzesdelegation - vermögen zwar eine Preisgabe der Delegationslehre TRIEPELS nicht von vornherein zu rechtfertigen¹⁶⁾, erzwingen aber ihre kritische Überprüfung.¹⁷⁾

3. Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich auf eine Auseinandersetzung mit der Delegationslehre Heinrich TRIEPELS und scheidet alle Bestandteile dieser Theorie aus der Betrachtung aus, die speziell dem Problem der Gesetzesdelegation gewidmet sind. Diese zweifache Beschränkung erklärt

¹⁶⁾ Dies schon deshalb nicht, weil ja ein fundierter anderer Delegationsbegriff nicht - oder jedenfalls nicht ohne weiteres - zur Verfügung steht.

¹⁷⁾ Hierbei muß die Untersuchung von Sachverhalten ausgehen, die von TRIEPEL als Delegationen gemeint sind. Denn es ist zu prüfen, ob der Delegationsbegriff TRIEPELS die mit ihm gemeinten Sachverhalte strukturadäquat abbildet oder nicht. Andererseits bleibt zu betonen, daß eine andere Definition der (auch) von TRIEPEL gemeinten Sachverhalte notwendig die Klasse des Delegationsbegriffs - d.h. die Gruppe der dem Delegationsbegriff unterfallenden Sachverhalte - verändert.

sich daraus, daß das Thema speziell der Gesetzesdelegation aus dieser Untersuchung ausgeschlossen werden muß, wenn die Struktur der Delegation allgemein-gültig und "rein" zur Darstellung gebracht werden soll. Das Thema der Gesetzesdelegation ist verbunden mit einer Überprüfung des Verhältnisses zwischen dem Delegationsbegriff und dem Gesetzesbegriff und mit einer Untersuchung des Verhältnisses zwischen dem materiellen Gesetzesbegriff und dem Begriff der Verordnungen jeglicher Art.¹⁸⁾ Es führt damit - insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes, daß der Begriff der Gesetzesdelegation bisher anscheinend als Implikation aus einem vorausgesetzten Gesetzesbegriff gebildet wird¹⁹⁾ und deshalb höchstens zufällig den Bedingungen eines selbständig bestimmten und allgemein-gültigen Delegationsbegriffs entspricht - über die Grenzen dieser Untersuchung hinaus.²⁰⁾

Die Wahl gerade der Delegationstheorie TRIPELS beruht deshalb nicht nur auf dem eher zufälligen - in seiner Tragweite jedoch nicht zu unterschätzenden - Umstand, daß diese Lehre im Bereiche der deutschen Theorie führend geblieben ist, sondern findet ihre Erklärung darin, daß sich die deutsche wie die ausländische Literatur vor allem dem Thema der Gesetzesdelegation zugewandt und dabei die rechtsgrundsätzlichen Fragen der Delegation mehr fragmentarisch behandelt hat.²¹⁾

¹⁸⁾ Vgl. dazu STRAUSS und SCHEUNER in Übertragung, S. 3 und S. 141.

¹⁹⁾ Vgl. oben Ziff. 2.

²⁰⁾ Vgl. oben Ziff. 1.

²¹⁾ Rechtsgrundsätzlich und umfassend behandelt das Delegationsthema nur KUHNE a.a.O. Aber auch er räumt - anders als TRIPEL - dem Problem der Gesetzesdelegation die zentrale Stellung ein (vgl. a.a.O. S. 2f., 7-9, 11-13 (dort insbesondere Anm. 5-7), 27f., 32f., 40, 42-45, 51f., 61, 68, 83-92, 94, 127-149, 180-199). Angesichts dessen erschien es zweckmäßig, die nähere Betrachtung der Auffassung KUHNEs einer besonderen Untersuchung der Gesetzesdelegation vorzubehalten. Vgl. auch die folgende Fußnote.

Diese Lehren spielen damit - ebenso wie die speziell der Gesetzesdelegation gewidmeten Untersuchungen TRIEPELS - in das Feld der Beziehungen zwischen dem Delegationsbegriff und dem Gesetzesbegriff hinüber. Es erscheint deshalb empfehlenswert, diese Lehren erst nach - nicht aber bei - der Bestimmung eines allgemein-gültigen Delegationsbegriffs näher zu würdigen.²²⁾

²²⁾ Besonders aufschlußreich ist insoweit der Umstand, daß auch KUHNE (vgl. die vorige Fußnote) den Begriff der Gesetzesdelegation durch Implikation aus einem vorausgesetzten Gesetzesbegriff gewinnt. Die mangelnde Eigenständigkeit des von ihm vertretenen Begriffs der Gesetzesdelegation zeigt sich besonders darin, daß seiner Untersuchung zwei verschiedene Gesetzesbegriffe zugrunde liegen, und daß infolgedessen auch zwei - miteinander unvereinbare - Begriffe der Gesetzesdelegation auftreten. Nach KUHNE gliedert sich die Gesetzgebung im materiellen Sinne in die primäre Rechtsetzung durch grundlegende Normierung in formellen Gesetzen und in die sekundäre Rechtsetzung durch nähere Ausführung der Gesetze im Vollzug durch die Verwaltung (a.a.O. S. 7f.). Sieht man nun in dem Erlaß von Ausführungsverordnungen den Erlaß von Gesetzen im materiellen Sinne, so liegt in der Ermächtigung zum Erlaß von Ausführungsverordnungen eine Delegation gesetzgebender Gewalt (so KUHNE a.a.O. S. 47f. und S. 94). Berücksichtigt man dagegen, daß der formelle Gesetzgeber nach KUHNE nicht zur sekundären, sondern zur primären Rechtsetzung berufen ist, so liegt in der Ermächtigung zum Erlaß von Ausführungsverordnungen als einer Ermächtigung zu sekundärer Rechtsetzung keine Delegation gesetzgebender Gewalt (so KUHNE a.a.O. S. 44 a.E. i.V. mit S. S. 42ff. und S. 32f.). Denn i. S. der Unterscheidung zwischen primärer und sekundärer Rechtsetzung wird von einer Gesetzesdelegation gefordert, daß "die von der Verfassung zur Vollziehung, also zu sekundärer Funktionsausübung vorgesehenen Organe auf Grund der Delegationsnorm die rangobere Tätigkeit der primären Rechtsetzung ausüben" (KUHNE a.a.O. S. 33). Die Gegenüberstellung zeigt, daß auch bei KUHNE der Begriff der Gesetzesdelegation keine selbständige Bedeutung hat, sondern von dem jeweils vorausgesetzten Gesetzesbegriff abhängig ist.

Erster Abschnitt: Kritik des TRIEPELschen Delegationsbegriffs

1. Kapitel: Gegenstand und Problemlage

§ 1: Bestimmung des Untersuchungsgegenstandes und der allgemeinen Problemlage

Heinrich TRIEPEL versteht "unter Delegation im Sinne des öffentlichen Rechts ... den Rechtsakt, durch den der Inhaber einer staatlichen oder gemeindlichen Zuständigkeit, also der Staat, die Gemeinde selbst oder eines der Staats- oder Gemeindeorgane, seine Kompetenz ganz oder zum Teil auf ein anderes Subjekt überträgt. Delegation bedeutet Kompetenzverschiebung, und zwar enthält sie, im strengen Sinne genommen, gleichzeitig Abschiebung und Zuschreibung einer Zuständigkeit, beides beruhend auf dem Willen dessen, der an Zuständigkeit verliert."¹⁾

Diese Sätze, die die Kernthese TRIEPELs enthalten, und aus denen er seine Theorie der Delegation und sein vielfältig gegliedertes System der Delegation²⁾ entwickelt, bilden den Gegenstand der folgenden Untersuchung.

Zu prüfen ist, ob die angesprochenen Sachverhalte³⁾ die in der Definition angegebene Struktur aufweisen oder nicht, d.h. ob die Bedeutung der in der angeführten Begriffsbestim-

¹⁾ Delegation S. 23.

²⁾ Vgl. Delegation S. 93 ff.

³⁾ Ein solcher Sachverhalt ist z.B. die "Verschiebung" der Zuständigkeit, das Begnadigungsrecht im Einzelfalle für den Bund auszuüben (Art. 60 Abs. 2 GG), vom und durch den Bundespräsidenten auf eine andere Stelle, beispielsweise auf den Bundesminister der Justiz.

mung vorgefundenen Wörter und Sätze die strukturellen Merkmale der gemeinten Vorgänge trifft oder verfehlt. Dabei kann es sich freilich nicht darum handeln, die Auffassung TRIEPELS an irgendeinem vorgefundenen und für richtig gehaltenen Delegationsbegriff zu messen, sondern nur darum, die Aussagen TRIEPELS zu entfalten - d.h. die genaue Bedeutung jedes Definitionselements festzustellen -, und zu prüfen, ob sich an den von TRIEPEL gemeinten Sachverhalten die behaupteten Elemente nachweisen lassen.

Das bedeutet, daß mit einer etwaigen Widerlegung der Meinung TRIEPELS nur - negativ - eine Annahme als unzutreffend abgewiesen, nicht aber - positiv - eine Aussage über die Struktur der als Delegationen gemeinten Sachverhalte gewonnen wird.

§ 2: Die Unklarheit des TRIEPELSchen Delegationsbegriffs

1. Der skizzierten Problemstellung entsprechend, müßte zur genauen Abgrenzung des Untersuchungsfeldes zunächst die genaue Bedeutung der Begriffsbestimmung TRIEPELS durch Entfaltung der einzelnen Definitionselemente festgestellt werden.

Diese Feststellung ist aber nicht ohne weiteres möglich, weil die Aussagen TRIEPELS nicht klar sind. Die Unklarheiten liegen im Gebrauch der Ausdrücke "Übertragung" bzw. "übertragen."

2. TRIEPEL versteht unter den bedeutungsgleich¹⁾ gebrauchten Ausdrücken "Kompetenz" und "Zuständigkeit" hoheitliche Befugnisse.²⁾

Dementsprechend erweckt die angeführte Begriffsbestimmung TRIEPELS den Anschein, als ob es sich bei einer Delegation um einen Sachverhalt handelte, der strukturell etwa mit

¹⁾ Vgl. Delegation S. 23.

²⁾ Vgl. Delegation S. 90.

einer Übertragung einer Forderung sei, d.h. um eine Zession von Zuständigkeiten, um eine Rechtsnachfolge des Delegatars in die Zuständigkeit, um eine Verfügung über eine Zuständigkeit.

Dieser erste Eindruck wird noch verstärkt, wenn TRIEPEL die "echte" Delegation als "t r a n s l a t i v e" Delegation bezeichnet³⁾, wenn er sagt, die mögliche Befristung oder Bedingtheit einer Delegation ändere nichts daran, "daß die K o m p e t e n z des Deleganten aufgehört hat und auf den Delegatar ü b e r g e g a n g e n ist"⁴⁾, und ausführt, "d a s d e l e g i e r t e R e c h t" wachse nicht nur dem Delegatar an, sondern gehe dem Deleganten verloren⁵⁾. TRIEPEL spricht auch von einer "V e r f ü g u n g , die ein Gesetz über ein Rechtsverordnungsrecht trifft"⁶⁾, und meint damit Ermachtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen, d.h. Delegationen gesetzgebender Gewalt.

Auch die Aussage, die Abschiebung und Zuschreibung der Zuständigkeit beruhe "auf dem Willen dessen, der an Zuständigkeit verliert"⁷⁾, deutet auf die Auffassung hin, die Delegation sei eine Zession von Zuständigkeiten. Denn diese - begründungslos vorgetragene - Meinung läßt sich, so wie gesetzt und im Zusammenhang mit der Aussage, es handele sich bei einer Delegation um die Übertragung einer Zuständigkeit, nur als eine andere Formulierung des Satzes "nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet" auffassen.

3. Alle diese aus der angegebenen Definition abzuleitenden Folgerungen werden aber an anderen Stellen von TRIEPEL ge-

³⁾ So z.B. Delegation S. 51.

⁴⁾ Delegation S. 52 (Hervorhebung vom Verfasser).

⁵⁾ Delegation S. 52 (Hervorhebung vom Verfasser).

⁶⁾ Delegation S. 55 (Hervorhebung vom Verfasser).

⁷⁾ Delegation S. 23.

leugnet: Er sagt nicht nur, es sei zum mindesten mißverständlich, wenn die Delegation als Verfügung über die Kompetenz des Deleganten bezeichnet werde⁸⁾, sondern auch, eine Verfügung über Kompetenzen sei nicht begrifflich unmöglich, sondern eine Delegation sei keine Verfügung⁹⁾, insbesondere keine Zession¹⁰⁾. Sie sei "v i e l m e h r ... eine Änderung der durch das objektive Recht festgesetzten Zuständigkeitsordnung"¹¹⁾, und als solche "selber Rechtsschöpfung", "Akt der Rechtsetzung"¹²⁾.

4. Durch diese Aussagen verliert die Begriffsbestimmung TRIEPELS ihre Klarheit.

Zunächst ist im Hinblick darauf, daß eine Verfügung über Zuständigkeiten begrifflich nicht ausgeschlossen sein soll, ohne nähere Erläuterung nicht einzusehen, warum eine Zession von Zuständigkeiten nicht durch einen Akt der Rechtsetzung erfolgen kann.

Wenn aber die Delegation keine Zession von Zuständigkeiten sein soll, so bleibt unklar, weshalb sie gleichwohl dem Satz "nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet" unterstehen soll, obwohl doch die Befugnis zur Änderung der Zuständigkeitsordnung nur von der Innehabung einer diesbezüg-

⁸⁾ Delegation S. 28.

⁹⁾ Delegation S. 90.

¹⁰⁾ Delegation S. 29 . An anderer Stelle heißt es, bei einer Delegation von Zuständigkeiten von einem Staat auf einen anderen auf Grund eines völkerrechtlichen Vertrages könne nur der völkerrechtliche Titel als Zession angesehen werden. Er sei "die obligatorische causa des dinglichen Aktes der Delegation" (Delegation, Fußnote 47 zu S. 102). Nun ist aber doch eine Zession gerade keine obligatorische causa, sondern ein dinglicher Akt, eine Verfügung. Und umgekehrt wäre doch eine Delegation als dinglicher Akt gerade eine Verfügung, ggf. eine Zession.

¹¹⁾ Delegation S. 29 (Hervorhebung vom Verfasser).

¹²⁾ Delegation S. 29, vgl. dort auch S. 39, 85, 88 und 141.

lichen Zuständigkeit, nicht aber von der Innehabung der delegierten Kompetenz abhängen kann, folglich aber nicht einzusehen ist, warum Abschiebung und Zuschreibung der Zuständigkeit notwendig auf dem Willen dessen beruhen müssen, der an Zuständigkeit verliert.

Durch die ausdrückliche Feststellung, eine Delegation sei keine Verfügung über eine Zuständigkeit, insbesondere nicht die Zession einer Zuständigkeit, zerfließen die Konturen des zunächst eindeutig scheinenden Delegationsbegriffs, ohne daß schon an dieser Stelle festgestellt werden kann, ob die Aussagen, eine Delegation sei eine Übertragung, gleichwohl aber keine Zession einer Zuständigkeit, im Widerspruch zueinander stehen, oder ob dem Ausdruck "Übertragen" im Sinne der angeführten Begriffsbestimmung eine Bedeutung eignet, die die Übereinstimmung beider Aussagen gewährleistet.

Eine Klärung nach der einen oder anderen Richtung kann nur durch eine Analyse des TRIEPFELSchen Systems der Delegation, insbesondere durch den Nachweis derjenigen Kriterien erfolgen, anhand deren die Unterscheidung zwischen der "echten" Delegation¹³⁾ und den "unechten" Delegationen¹⁴⁾ durchgeführt wird. Denn die Scheidelinie zwischen der "echten" Delegation und den verschiedenen Arten der "unechten" Delegation muß notwendig jeweils anders verlaufen, je nachdem der Ausdruck "übertragen" die Bedeutung von "zedieren" oder eine andere - hier noch unbekannte¹⁵⁾ - Bedeutung hat.

¹³⁾ Das ist die Delegation i.S. der oben (S. 10) angeführten Begriffsbestimmung (Delegation S. 23).

¹⁴⁾ Vgl. zu den verschiedenen Arten der unechten Delegation Delegation S. 23ff. (Mandat), S. 53ff. (sonstige unechte Delegationen).

¹⁵⁾ Die Auffassung, eine Delegation sei eine Änderung der objektiven Zuständigkeitsordnung, läßt sich nach den bisherigen Feststellungen - jedenfalls noch - nicht als Alternative zu der Auffassung, eine Delegation sei eine Zession von Zuständigkeiten behaupten (vgl. oben S. 13 Abs. 3).

§ 3: Die aus der Unklarheit der TRIEPELSchen Aussagen folgende besondere Problemlage

1. Diese Klärung kann an dieser Stelle noch nicht versucht werden, weil sie die genaue Feststellung der Strukturmerkmale einer Rechtsübertragung voraussetzt.

Demzufolge - und das heißt infolge der vorläufigen Unklarheit und Unkärbarkeit der Begriffsbestimmung TRIEPELS - verschärft sich die methodologische Problematik der kritischen Betrachtung des TRIEPELSchen Delegationsbegriffs: Da es an dieser Stelle (noch) nicht möglich ist, den genauen Inhalt des TRIEPELSchen Delegationsbegriffs festzustellen, und ferner nur eine der diesbezüglichen Möglichkeiten - nämlich die Auffassung, eine Delegation sei die Zession einer Zuständigkeit - bekannt ist¹⁾, wird diese zum Ausgangspunkt der Untersuchung gewählt.

Dementsprechend wird - nach einer näheren Bestimmung des Begriffs der Zuständigkeit²⁾ - zunächst festgestellt, welche strukturellen Elemente eine Zession von Rechten notwendig aufweist, und ob den von TRIEPEL gemeinten Vorgängen diese Merkmale eignen. Erst dann kann - in Umkehrung der an sich gebotenen Reihenfolge der Untersuchung³⁾ - aus dem Gesamtzusammenhang des TRIEPELSchen Systems festgestellt werden, ob TRIEPEL die Delegation als Zession von Zuständigkeiten auffaßt, und also seine dieser Auffassung widersprechenden Aussagen systemfremde Einsprengsel sind, oder ob der Ausdruck "übertragen" im Sinne der angeführten Begriffsbestimmung nicht die Zession von Zuständigkeiten meint, und welche Bedeutung er hat. Denn erst dann sind diejenigen Kriterien bekannt, die eine genaue Feststellung des Inhalts des TRIEPELSchen Delegationsbegriffs durch den präzisen Aufweis der Scheidelinie zwischen der "echten" und den verschiedenen Arten der "unechten" Delegation ermöglichen.

¹⁾ Siehe vorige Fußnote.

²⁾ Die skizzenhaften Ausführungen TRIEPELS (Delegation S. 89f. und 109f.) reichen als Arbeitsgrundlage nicht aus.

³⁾ Vgl. oben § 1.

2. Sollte sich dabei ergeben, daß das TRIEPELSche System auf der Annahme beruht, die "echte" Delegation sei eine Zession von Zuständigkeiten, so läßt sich die Meinung TRIEPELS - je nach der vorgängigen Beantwortung der Frage, ob eine Delegation eine solche Zession ist - sofort bestätigen oder abweisen. Sollte sich aber ergeben, daß TRIEPEL eine andere Auffassung vertritt, so ist bestenfalls - nämlich falls die vorgängige Untersuchung ergeben haben sollte, daß eine Delegation die Zession von Zuständigkeiten ist - eine sofortige Abweisung möglich. Sollte sich dagegen ergeben, daß eine Delegation jedenfalls keine solche Zession darstellt, so ist zu prüfen, ob die von TRIEPEL gemeinten Vorgänge die nunmehr eindeutig ermittelten behaupteten Merkmale aufweisen oder nicht.⁴⁾

⁴⁾ Es wird sich zeigen, daß TRIEPEL - trotz seiner diesbezüglichen ausdrücklichen Leugnung - die Delegation als Zession von Zuständigkeiten auffaßt. Denn sein System - insbesondere die Abgrenzung der "echten" von den verschiedenen Arten der "unechten" Delegation - ist nur unter dieser Voraussetzung schlüssig. Demgemäß ist die sofortige Bestätigung oder Abweisung seiner Auffassung möglich. Die hier zur Offenlegung der Methode angeführten weiteren Schritte erübrigen sich also.

2. Kapitel: Zum Begriff der Zuständigkeit

§ 4: Der Begriff der Zuständigkeit im Rahmen des TRIEPELSchen Delegationsbegriffs

1. Nach der Begriffsbestimmung Heinrich TRIEPELS ist eine Delegation die Übertragung von "Zuständigkeiten" oder "Kompetenzen".¹⁾

Eine Kompetenz oder Zuständigkeit ist im Sinne TRIEPELS eine "irgendwie" zu bestimmende Beziehung eines Subjekts zu einer Tätigkeit, und zwar ein Recht, eine Fähigkeit oder eine Pflicht zur Vornahme dieser Tätigkeit.²⁾

Von diesen drei Möglichkeiten sieht TRIEPEL die erste als gegeben an, meint also, Zuständigkeiten seien subjektive Rechte.³⁾

Einerseits sei es unrichtig, zu meinen, daß Kompetenzen "nur ein 'Können' und kein 'Dürfen', nur eine Fähigkeit und kein Recht enthalten"⁴⁾: Der Richter z.B. habe "nicht nur die Fähigkeit, durch sein Urteil rechtliche Wirkungen hervorzu- bringen, sondern ... auch das Recht, in der Form des Urteils bindende Befehle zu erteilen."⁵⁾

Andererseits sei "nicht jedes einzelne Amtsrecht ... gleichzeitig Amtspflicht."⁶⁾

2. Diese Ausführungen lassen mehrere Fragen offen: Auch das sachlich unrichtige richterliche Urteil - also etwa ein Urteil, das auf Grund einer falschen Beweiswürdigung ergangen

¹⁾ Vgl. Delegation S. 23.

²⁾ Vgl. Delegation S. 109f.

³⁾ Vgl. Delegation S. 89f.

⁴⁾ Delegation S. 89f.

⁵⁾ Delegation S. 90.

⁶⁾ Delegation S. 110.

oder bei zutreffender Erfassung, aber falscher rechtlicher Bewertung einer für die Streitentscheidung erheblichen Tatsache erlassen worden ist, "gilt" genau so wie das sachlich richtige Urteil, obwohl der Richter ein sachlich unrichtiges Urteil nicht erlassen darf, nicht dazu berechtigt ist, ein sachlich unrichtiges Urteil zu fällen.

Die Geltung eines hoheitlichen Aktes setzt voraus, daß er im Rahmen der Zuständigkeit des ihn setzenden Organs erlassen ist: Einem ohne diesbezügliche Zuständigkeit ergangenen Akt fehlt der Geltungsgrund. Auch das sachlich unrichtige Urteil, zu dessen Erlaß der Richter nicht berechtigt ist, ist mithin ein zuständigkeitsgemäß gefälltes Urteil, d.h. durch die Zuständigkeit des erlassenden Gerichts gedeckt. Deckt aber die Zuständigkeit auch Akte, zu deren Setzung das erlassende Organ nicht berechtigt ist, so ergibt sich daraus, daß die Zuständigkeit anscheinend ein "Können", nicht aber ein "Dürfen" ist, und daß die nähere Beziehung zwischen dem "Können", "Dürfen" und "Sollen" einer in Ausübung von Zuständigkeiten tätig werdenden Institution noch der genaueren Bestimmung bedarf.

Außerdem bleibt zu klären, wie sich die Zuständigkeit eines Organs zu der Zuständigkeit derjenigen Institution verhält, deren Organisation das Organ zugehört.⁷⁾

Diese Fragen sollen im Folgenden erörtert werden, soweit dies zur Behandlung des Delegationsthemas erforderlich ist. Die Untersuchung folgt dabei grundsätzlich der Theorie Hans J. WOLFFs.

⁷⁾ Die Ausführungen TRIEPELS in Delegation S. 89f. und S. 109f. enthalten darüber keine bestimmten Aussagen.

§ 5: Organzuständigkeit und Hoheit

1. Der Begriff der Zuständigkeit i.S. WOLFFs ist am einfachsten vom Begriff der Organzuständigkeit aus erschließbar. Deshalb sei mit dieser begonnen. Ein Organ ist i.S. WOLFFs "ein durch die Organisation¹⁾ objektiv eingeräumt, durch seine Bezogenheit auf ein oder mehrere Pflichtensubjekte (die Organwalter²⁾) geeinter, aber unter Abstraktion von deren Individualität (abstrakt, institutionell) bestimmter Komplex von Berechtigungen und Verpflichtungen i.w.S., d.h. von gegenständlich und oft auch modal normierter Geschäftsbesorgungs- und Vertretungsmacht für die

¹⁾ Vgl. zum Begriff der Organisation bei WOLFF, Juristische Person S. 165 - 167. Unter der Staatsorganisation versteht WOLFF "die materiellen Verfassungsgesetze und alle anderen positiven Normen ..., die sich auf die staatlichen Organe jeder Art und jedes Grades beziehen" (Juristische Person S. 428). Die Staatsorganisation wird also durch den Inbegriff aller organisatorischen Normen - nicht nur durch die organisatorischen Verfassungsgesetze - begründet (vgl. auch Juristische Person S. 427).

Von der Organisation unterscheidet WOLFF die Allgemeine Rechtsordnung, die nicht die - auch Verfassungsgesetze und die Organisation umfassende - Rechtsordnung überhaupt, sondern nur diejenigen Normen umschließt, die "Verpflichtungen und Berechtigungen der 'Bürger' (als Gegenbegriff zu den 'Organwaltern') begründen sollen." (Juristische Person S. 428). Die Staatsorganisation besteht also in dem Inbegriff der Organisationsnormen, die Allgemeine Rechtsordnung in dem Inbegriff der Verhaltensnormen (vgl. Juristische Person S. 428).

²⁾ Zum Unterschied zwischen Organ und Organwalter i.S. WOLFFs vgl. Vertretung S. 229: Das Organ ist danach der durch die Organisation begründete und eingerichtete Kompetenzkomplex der mit der Vertretung der organisierten Vielheit betrauten physischen Person(en). Organwalter ist bzw. sind diejenige(n) physische(n) Person(en), die jene Kompetenzen wahrnimmt bzw. wahrnehmen. Eine zum Organwalter bestellte physische Person ist Rechts- und Pflichtsubjekt, ganz unabhängig davon, ob sie Organwalter ist (vgl. Vertretung S. 230), das Organ wird als solches Rechts- und Pflichtsubjekt erst kraft und infolge seiner Zuständigkeit. Das ergibt sich daraus, daß das Organ nur ein gedachtes (rechtstechnisches) Subjekt von Berechtigungen und Verpflichtungen ist, also nur als ein "(abstrakt, institutionell) bestimmter Komplex von Berechtigungen und Verpflichtungen" definiert werden kann.

durch die Organisation³⁾ geeinte Vielheit."⁴⁾

Das Organ wird also - da es ein "durch die Organisation begründeter Zuständigkeitskomplex"⁵⁾, ein "institutionelles Subjekt von Wahrnehmungszuständigkeiten"⁶⁾ ist - durch die ihm kraft organisatorischer Rechtssätze eingeräumten Zuständigkeiten als solches konstituiert.⁷⁾

Es ist "Glied oder Teil einer Organisation"⁸⁾ und geht

3) Vgl. oben Fußnote 1.

4) Vertretung S. 236. Vgl. auch WOLFF Vorlesung S. 139; "Organ im rechtsnormativen Sinne ist ein institutionelles Subjekt von Wahrnehmungszuständigkeiten, nämlich eine von mehreren, aufeinander bezogenen funktionsteiligen Zuordnungseinheiten, denen eben hierauf abzielende (organisatorische) Rechtssätze die Verpflichtung und Berechtigung zuordnen, die gemäß dieser oder anderer Rechtssätze einer Juristischen Person eigenzuständigen Berechtigungen oder Verpflichtungen nach innen (geschäftsführend) oder (und) nach außen (vertretend) wahrzunehmen."

5) Vgl. Vertretung S. 236.

6) Vgl. Vorlesung S. 139 (oben Fußnote 5).

7) Daraus ergibt sich zweierlei:

- a) Aus der Tatsache, daß ein Organ überhaupt durch die ihm eingeräumten Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse als solches konstituiert wird, folgt, daß es keine von diesen Zuständigkeiten abtrennbare eigene Existenz hat (vgl. dazu oben Fußnote 2).
- b) Die Organqualität einer Institution ist unabhängig von dem Behördenaufbau, in den diese Institution eingefügt ist. So kann z.B. - soweit dies vom objektiven Recht bestimmt oder zugelassen ist - eine Bundesbehörde durchaus Landesorgan, eine Landesbehörde durchaus Bundesorgan sein u.a.m. (So war der preussische Bürgermeister "als Ortspolizeibehörde" zwar Gemeindebehörde, aber Landesorgan; vgl. § 1 prPVG). Hinsichtlich der Organqualität einer Institution ist nur entscheidend, für wen die Institution geschäftsführend oder vertretend tätig wird, nicht aber die behördenmäßige Eingliederung der Institution, an die die Organschaft geknüpft ist, und die durch und infolge der Zuerkennung von Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnissen überhaupt erst zum Organ wird. Beide Tatsachen seien hier zunächst als "Merkposten" festgehalten, auf sie wird bei der Analyse des Delegationsvorganges zurückzukommen sein (vgl. zu a) unten § 10, zu b) unten § 26).

8) Vgl. Vertretung S. 233.

"ganz in der Organisation auf".⁹⁾ ¹⁰⁾

Ihrem substantiellen Gehalt nach ist die Organzuständigkeit oder Organkompetenz "eine rechtlich erhebliche, einem Subjekt zustehende Macht zu rechtlich erheblichem Verhalten oder ein rechtliches Können"¹¹⁾, d.h. die unverletzbar und absolute Möglichkeit zur Einwirkung auf fremde Rechte und Interessen und zur Wahrnehmung von fremden Rechten und Interessen¹²⁾.

Sie ist zu unterscheiden von den ihren rechtmäßigen Gebrauch umgrenzenden verletzbaren und relativen organisatorischen Berechtigungen und Verpflichtungen¹³⁾, und von den Geschäften oder einem Inbegriff von Geschäften als den Gegenständen der

⁹⁾ Vgl. Vertretung S. 233.

¹⁰⁾ Deshalb kann auch eine "Persönlichkeit" der Organe "nur hinsichtlich der Organisation und nicht gegenüber den Mitgliedern und Organwaltern, sondern nur gegenüber anderen Organen behauptet" werden (vgl. Vertretung S. 249).

¹¹⁾ Vgl. Vertretung S. 278.

¹²⁾ Vgl. Vertretung S. 237. "Unverletzbar" bedeutet, daß ein außerhalb des rechtlichen Könnens liegender Akt nichtig ist. "Absolut" bedeutet, daß ein innerhalb des rechtlichen Könnens liegender Akt auch dann wirksam ist, wenn er eine den rechtmäßigen Gebrauch des Könnens umgrenzende Berechtigung überschreitet oder eine den rechtmäßigen Gebrauch des Könnens umgrenzende Verpflichtung verletzt. Vgl. dazu - insbesondere zur Bedeutung der Können, Dürfen und Sollen zugleich festlegenden Normen - Vertretung S. 277; dazu, daß selbst deliktische Verhaltensweisen kompetenzgemäß sein können, Vertretung S. 272.

¹³⁾ Vgl. Vertretung S. 237. "Verletzbar" bedeutet, daß die Wirksamkeit der in Ausübung der Zuständigkeit gesetzten Akte nicht von der Einhaltung dieser Berechtigungen und Verpflichtungen abhängt. "Relativ" bedeutet, daß diese Berechtigungen und Verpflichtungen den rechtmäßigen Gebrauch der Zuständigkeit (des Könnens) auf bestimmte Arten und Weisen, ggf. auch auf bestimmte Aktinhalte einschränken. Vgl. dazu auch die vorige Fußnote.

Zuständigkeit bzw. der Kompetenz¹⁴). Kurz und zusammenfassend ausgedrückt: Die Organzuständigkeit ist ihrem substantiellen Gehalt nach ein rechtliches Können, ihrer juristischen Qualität nach eine durch die Organisation eingeräumte Befugnis zur Vertretung eines Subjekts hinsichtlich der Wahrnehmung von dessen Berechtigungen und Verpflichtungen.

2. Das Subjekt, das durch die Organe hinsichtlich der Wahrnehmung seiner Rechte und Pflichten vertreten wird, ist diejenige Juristische Person, in deren Organisation die Organe eingegliedert sind:

"Durch die körperschaftliche Organisation werden gewisse

¹⁴) Vgl. Vertretung S. 237, dazu auch Vertretung S. 251: "Die Gegenstände der organschaftlichen Kompetenzen sind Geschäfte der umfassenden Juristischen Person ..." Ferner Vertretung S. 272: Gegenstand der Kompetenz sei ein Inbegriff von Geschäften. Anders dann Vorlesung S. 137: Die Kompetenz sei der Gegenstand der Zuständigkeit, das zustehende Geschäft. Ähnlich Verwaltungsrecht I (4. Aufl.): Dort werden Kompetenzen als Aufgaben (S. 20) bzw. als Funktionen (S. 55) bezeichnet und die Ausdrücke "Aufgaben" und "Funktionen" als bedeutungsgleich angesetzt (S. 67). Die vorliegende Untersuchung behält die ursprüngliche Terminologie WOLFFs bei: Einerseits haben die angegebenen Unterschiede im Rahmen des WOLFFschen Systems nur terminologische Bedeutung. Andererseits ist zu berücksichtigen, daß TRIEPEL die Ausdrücke "Kompetenz" und "Zuständigkeit" synonym und in dem Sinne verwendet, daß sie eine "Beziehung eines Subjekts zu einer Tätigkeit" (Delegation S. 109f.), und zwar ein Recht zur Vornahme dieser Tätigkeit (Delegation S. 89f.) bezeichnen. Da der TRIEPELsche Kompetenzbegriff nicht eine "Aufgabe" oder "Funktion" meint, muß hier zwecks Vermeidung von Aequivokationen die ursprüngliche Terminologie WOLFFs beibehalten werden. Nach der neueren Terminologie WOLFFs ist eine "Kompetenzübertragung" die Übertragung einer Aufgabe oder einer Funktion, unabhängig davon, ob diese durch eine Zuständigkeitsübertragung oder einen anderen Rechtsvorgang bewirkt wird. Im Sinne TRIEPELs ist dagegen eine Kompetenzübertragung eine Zuständigkeitsübertragung.

Angelegenheiten, Interessen und Interessengegenstände ... verselbständigt und zu 'eigenen' Angelegenheiten der Juristischen Person zusammengefaßt."¹⁵⁾

Durch die Organisation wird die Juristische Person zum rechtstechnischen Träger oder "Titulär" der von den Organen wahrgenommenen Interessen, Berechtigungen und Verpflichtungen, sie ist die Personifikationsgrundlage der Juristischen Person.¹⁶⁾

Soweit also eine Juristische Person Träger einer Zuständigkeit ist¹⁷⁾, bezieht sich dieses Können rechtstechnisch auf eigene, nicht aber auf fremde Angelegenheiten. Darin unterscheidet sich das Können der Juristischen Person als des Trägers der von den Organen wahrgenommenen Berechtigungen und Verpflichtungen von dem Können des Organs, das auf die Vertretung der Juristischen Person bei der Vornahme von deren Geschäften bzw. Angelegenheiten, und also auf die vertretungsweise Ausübung der Zuständigkeit der Juristischen Person gerichtet ist.¹⁸⁾

¹⁵⁾ Vertretung S. 253.

¹⁶⁾ Vgl. Vertretung S. 258f. und dazu S. 253f.

¹⁷⁾ Eine Juristische Person ist nicht notwendig (nur) Träger von Zuständigkeiten. Sie kann durchaus (außerdem) Organzuständigkeiten innehaben, d.h. kraft organisationsrechtlicher Bestimmung zur Vertretung einer anderen Juristischen Person hinsichtlich der Wahrnehmung von dieser zustehenden Berechtigungen und Verpflichtungen berufen sein. Vgl. dazu unten Fußnote 21.

¹⁸⁾ Dieses Vertretungsverhältnis ist spezifisch als Vertretung des Ganzen (der personifizierten Organisation) durch einen Teil des Ganzen (das Organ als Teil der Organisation) gekennzeichnet. Insofern könnte man versucht sein, ein Vertretungsverhältnis zwischen Juristischer Person und Organ mit dem Argument zu bestreiten, wenn ein Teil des Ganzen handle, so handle doch das Ganze "in" diesem Teil. Das angeführte Argument ließe aber unbeachtet, daß die auf die Organisation gegründete Personifikation der Juristischen Person eine rechtstechnische gedankliche Konstruktion darstellt. Deswegen ist das (von den Organwaltern vorgenommene und den durch sie versehenen Organen zugerechnete) Handeln der Organe nicht - gewissermaßen "von Natur wegen" - das

Ein Können aber, das eigene Angelegenheiten zum Gegenstand hat, ist von einem Können, das (nur) als Vertretungsmacht hinsichtlich der Ausübung des Könnens eines anderen Subjekts in bezug auf dessen Angelegenheiten gekennzeichnet ist, qualitativ geschieden. Das gilt auch dann, wenn beide Arten des Könnens, weil aufeinander bezogen, inhaltsgleich sind, d.h. jeweils dieselben Geschäfte oder Aufgaben oder Angelegenheiten als kraft des jeweiligen Könnens zu ver sehende Geschäfte oder Aufgaben oder Angelegenheiten - a b e r e b e n a l s e i g e n e (Juristische Person) o d e r a l s f r e m d e

Handeln der Juristischen Person, sondern es bedarf der Zurechnung des Organwalterhandelns über das Organ zur Juristischen Person, um das Organwalterhandeln als Handeln des Organs, und dieses hinwiederum als Handeln der Juristischen Person ansehen zu können: "Nur zurechnungsweise, also kraft Rechtsgebots, nicht kraft 'Denknotwendigkeit' oder sonstwie juristisch oder faktisch, 'ist' das ... Organwalterverhalten das des Vertretenen." (WOLFF Vertretung S. 292f., vgl. dort auch S. 250 und S. 259)

Mithin ergibt sich: Da das Verhältnis zwischen der personifizierten Organisation (Juristische Person) und einem Organ ein Teil-Ganzes-Verhältnis ist, ist "der Organakt ... grundsätzlich Akt der Rechtsperson, namens derer er gesetzt wird" (WOLFF Vertretung S. 250). Da aber die Personifikation der Organisation nur eine rechtstechnische gedankliche Konstruktion ist, das Ganze also nicht "in" seinen Teilen, der Teil vielmehr "für" das Ganze tätig wird (vgl. dazu auch KÜCHENHOFF/KÜCHENHOFF a.a.O. Fußnote 32 zu S. 70), ist das Organhandeln nur kraft Zurechnung das Handeln der Juristischen Person. Wenn also der Juristischen Person nicht nur die Rechtsfolgen des Organhandelns zugeordnet, sondern auch die vom Organ gesetzten rechtsfolgebedingenden Tatbestände zugerechnet werden (vgl. WOLFF Vorlesung S. 93), so drückt sich in der Tatsache, daß damit das Organhandeln als Handeln der Juristischen Person angesehen wird, das Teil-Ganzes-Verhältnis zwischen Juristischer Person und Organ aus, während die Notwendigkeit der Zurechnung des Organverhaltens zur Juristischen Person zeigt, daß die Juristische Person nur eine gedankliche, rechtstechnisch konstruierte Ganzheit ist.

(Organ) - betreffen.¹⁹⁾ Von der Organzuständigkeit ist mithin die Zuständigkeit der Juristischen Person, von der Zuständigkeit des Staatsorgans die Zuständigkeit des Staates streng zu scheiden.²⁰⁾ Letztere soll im Rahmen dieser Untersuchung, die sich nur auf hoheitliche, nicht auf fiskalische Berechtigungen des Staates erstreckt, als "Hoheit"

¹⁹⁾ Die beiden Arten des Könnens beruhen nicht notwendig auf verschiedenen Normen. Wenn z.B. nach Artikel 84 Abs. 3 Satz 1 GG die Bundesregierung die Aufsicht darüber ausübt, daß die Länder die Bundesgesetze dem geltenden Recht gemäß ausführen, so erklärt die Vorschrift die Aufsicht über die Länder zur eigenen Angelegenheit des Bundes und weist die Organzuständigkeit zur Wahrnehmung der Bundesaufsicht der Bundesregierung zu. Beide Arten des Könnens können aber auch auf jeweils verschiedenen Vorschriften beruhen: Die Artikel 70 - 75 GG begründen die Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes, die Artikel 76 - 78, 81 und 82 GG regeln die Zuständigkeiten zur Wahrnehmung der Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes und das dabei zu beobachtende Verfahren. Die hier skizzierte Sachlage kommt bei WOLFF gut zum Ausdruck, wenn er sagt, ein Organ sei "eine von mehreren ... Zuordnungseinheiten, denen ... (organisatorische) Rechtssätze die Verpflichtung und Berechtigung zuordnen, die gemäß dieser oder anderer Rechtssätze einer Juristischen Person eigenständigen Berechtigungen oder Verpflichtungen ... wahrzunehmen" (Vorlesung S. 139, Hervorhebung v. Verfasser).

²⁰⁾ So auch WOLFF Vorlesung S. 137: Die "Verpflichtung und Berechtigung, die die Wahrnehmung anderer Verpflichtungen und Berechtigungen zum Inhalt hat, ist die Wahrnehmungszuständigkeit" (= Organzuständigkeit i.S. dieser Untersuchung). (Hervorhebung vom Verfasser) Anders WOLFF, Vorlesung S. 136: Die Verpflichtungen und Berechtigungen des Staates stünden "vorläufig" dem - die Berechtigungen und Verpflichtungen jeweils wahrnehmenden - Staatsorgan, "rechtstechnisch endgültig" aber dem Staate zu. Ähnlich auch WOLFF Vertretung S.278: "Die Kompetenzen ... stehen endgültig der Juristischen Person, dem Organ aber nur vorläufig ... zu." Diese Auffassung setzt die Identität der "vorläufig" zustehenden mit der "endgültig" zustehenden Zuständigkeit voraus, die aus den angegebenen Gründen nicht gegeben ist.

bezeichnet werden.²¹⁾

§ 6: Die Abweichungen des hier vertretenen Zuständigkeitsbegriffs vom Zuständigkeitsbegriff TRIEPELS und ihre Unerheblichkeit für das Verständnis des TRIEPELSchen Delegationsbegriffs

Der hier vertretene Zuständigkeitsbegriff unterscheidet sich von dem Zuständigkeitsbegriff TRIEPELS dadurch, daß TRIEPEL die Zuständigkeit als ein rechtliches Dürfen ansieht¹⁾, während hier die Zuständigkeit als rechtliches Können begriffen wird.

Es fragt sich, ob diese Unterschiede so erheblich sind, daß der TRIEPELSche Delegationsbegriff mit Hilfe des hier vertretenen Zuständigkeitsbegriffs deshalb nicht überprüft werden darf, weil die Interpretation der von TRIEPEL verwendeten Ausdrücke "Zuständigkeit" und "Kompetenz" als rechtliches Können den Sinngehalt der TRIEPELSchen Definition verfälschen würde. Das ist aber nicht der Fall.

²¹⁾ Hoheitsträger i.S. dieser Untersuchung ist also jede Institution, sofern und soweit sie mit einem Können ausgestattet ist, das eigene Angelegenheiten dieser Institution zum Gegenstand hat. Ein Hoheitsträger wird also als solcher durch die Zuerkennung solcher Zuständigkeiten konstituiert. Das entspricht der bezüglich der Konstituierung eines Organs vorgefundenen Sachlage (vgl. oben Fußnote 7 unter a), S. 20). Nach der gewählten Personifikationsgrundlage - der Organisation (vgl. dazu oben Fußnote 1, S. 19) - muß das auch so sein, denn wenn das Organ als Glied oder Teil der Organisation (vgl. oben S. 20) durch diese geschaffen wird, dann wird auch der Hoheitsträger als die personifizierte Organisation durch diese geschaffen. Das bedeutet, daß einunddieselbe Institution durchaus gleichzeitig, wenn auch in jeweils anderer Beziehung, Hoheitsträger und Organ sein kann, weil es durchaus denkbar ist, daß dieselbe Institution teils Hoheiten, teils Organzuständigkeiten innehat (vgl. dazu unten die §§ 11 und 26).

¹⁾ Vgl. oben S. 17.

Einmal unterscheiden sich rechtliches Können und rechtliches Dürfen nur dadurch, daß außerhalb des Könnens liegende Akte notwendig nichtig sind, während außerhalb des Dürfens liegende Akte nicht notwendig nichtig zu sein brauchen, vielmehr - je nach der diesbezüglichen Gestaltung des objektiven Rechts - nichtig²⁾, "anfechtbar"³⁾ oder "unanfechtbar"⁴⁾ rechtswirksam sind. Zum zweiten aber kommt es hinsichtlich einer zutreffenden Interpretation der Auffassung TRIEPELS über die Struktur des Delegationsvorganges nicht auf die durch die Zuständigkeit gewährte "substantielle Macht", sondern auf das zu ihr ermächtigende "Recht" an.⁵⁾ Das wird auch von TRIEPEL zugestanden, wenn er sagt, es sei unrichtig zu meinen, daß Kompetenzen "nur ein 'Können' und kein 'Dürfen', nur eine Fähigkeit und kein Recht enthalten."⁶⁾ Die Aussage zeigt, daß auch TRIEPEL zwischen der

2) z.B. absolute Zuständigkeitsfehler, Verstoß gegen absolut zwingende Formvorschriften; vgl. hierzu WOLFF, Verwaltungsrecht I (4. Aufl.), S. 272f.

3) z.B. relative Zuständigkeitsmängel, relative Formmängel; vgl. hierzu WOLFF, Verwaltungsrecht I (4. Aufl.), S. 276f.

4) Beispiele sind hier der Treuhänder, der eine "überschießende Außenzuständigkeit" (PALANDT²⁰ Einführung vor § 929, Anm. 7 A) zum Handeln im eigenen Namen hat, ferner der Gesellschafter einer OHG, der auf Grund der ihm zustehenden Vertretungsmacht (§§ 125 Abs. 1, 126 Abs. 1 und 2 HGB) unanfechtbar wirksame Rechtshandlungen setzen kann, die er gemäß der ihm zustehenden Geschäftsführungsbefugnis (§ 116 Abs. 1 HGB) nicht setzen darf.

5) Vgl. dazu schon oben Fußnote 14 zu § 5, S. 22. Die hier im Text gebrauchte Formulierung ist in Anlehnung an die - in anderem Zusammenhang gebrauchte - Formulierung WOLFFs gebildet, es komme juristisch "nicht auf die 'substantielle Macht', sondern auf das zu ihr ermächtigende 'Recht' an" (Juristische Person, Fußnote 2 zu S. 446).

6) Delegation S. 89f. Der in diesem Zitat enthaltene Ausdruck "Recht" ist - wie der Gesamtzusammenhang des Zitats ergibt - (nur) als Synonymum des Ausdrucks "Dürfen" und als Gegenbegriff zu den Synonyma "Können" und "Fähigkeit", also als Bezeichnung der durch die Kompetenz gewährten "substantiellen Macht", nicht als Bezeichnung des zu ihr ermächtigenden "Rechts" gemeint.

"substantiellen Macht" und dem zu ihr ermächtigenden "Recht" unterscheidet, und unter der Kompetenz, die bei der Delegation nach seiner Auffassung "übertragen" wird, nicht die "substantielle Macht", sondern das zu ihr ermächtigende "Recht" versteht.

Das bedeutet, daß die Auffassung TRIEPELS je gleich strukturiert ist, gleichgültig, ob der substantielle Gehalt der delegierten Zuständigkeit als Können oder als Dürfen aufgefaßt wird, weil es ja doch in beiden Fällen um die Delegation des ermächtigenden "Rechtes" geht.

Es ist deshalb zulässig, den TRIEPELSchen Delegationsbegriff mit Hilfe des hier verwendeten Zuständigkeitsbegriffes kritisch zu überprüfen. Die Auffassung TRIEPELS über die Struktur des Delegationsvorganges wird dadurch nicht berührt.

3. Kapitel: Die Delegation als behauptete Übertragung von Berechtigungen

§ 7: Syntaktische Funktion und logische Struktur des Ausdrucks "übertragen"

1. In Aussagen des Inhalts, irgendetwas werde übertragen, oder irgendjemand übertrage etwas, oder ein bestimmter Sachverhalt stelle die Übertragung von irgendetwas dar, stiftet der Ausdruck "übertragen" eine ganz bestimmte syntaktische Beziehung zwischen vier an der Aussagebehauptung beteiligten Gliedern, über die die je gewählte Formulierung ebenfalls Auskunft geben muß, sofern der Ausdruck syntaktisch sinnvoll angewandt sein soll.

Es sind dies:

- a) Das, was übertragen wird (das Objekt der Übertragung),
- b) das Subjekt, das überträgt (das Handlungssubjekt),
- c) das Subjekt, von dem etwas übertragen wird (das Verlierersubjekt),

- d) das Subjekt, auf das etwas übertragen wird (das Erwerberssubjekt).

Die Aussage, etwas werde übertragen, stellt mithin eine viergliedrige syntaktische Beziehung dar, deren Strukturelemente bekannt sein müssen, sofern zutreffend beurteilt werden soll, ob der Ausdruck zur genauen sprachlichen Abbildung gemeinter Sachverhalte geeignet ist oder nicht.

2. Was zunächst das Objekt der Übertragung anbetrifft, so steht es zu jedem der drei anderen an einer Übertragung beteiligten Glieder in einer - jeweils verschiedenen - Beziehung: Es wird "durch" das Handlungssubjekt "von" dem Verlierersubjekt "auf" das Erwerberssubjekt übertragen. Es ist aber in jeder der drei Beziehungen ein und dasselbe Objekt, d.h. identisch.¹⁾

Diese mit dem Wort "übertragen" objektiv behauptete Identität des Übertragungsobjekts ergibt sich unmittelbar aus dem Ausdruck. "Übertragen" heißt, etwas von einem Subjekt zu einem anderen Subjekt bringen. Der Ausdruck "übertragen" meint also einen Akt, als dessen Ergebnis ein Objekt einem anderen Subjekt zugeordnet ist als dem, dem es vor der Vornahme dieses Aktes zugeordnet war. Er besagt, daß sich infolge des gemeinten Aktes zwar die Zuordnung eines Objektes zu einem Subjekt geändert habe, nicht aber das

¹⁾ Identität wird im Rahmen dieser Untersuchung nicht - wie dies zuweilen geschieht - im Sinne voller Übereinstimmung in allen Eigenschaften verstanden. Miteinander übereinstimmen können nur zwei oder mehrere Gegenstände, nicht aber einer mit sich selbst. Und "zwei wirkliche Gegenstände können sich im höchsten Maße ähneln, zwei gedachte können sich absolut gleichen, identisch ist jeder nur mit sich" (FREYTAG-LÖRINGHOFF, a.a.O. S. 15). Es ist deshalb unrichtig, wenn BERNHARDT meint, eine Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen liege vor, "wenn die früher dem Staat zustehenden Rechte qualitativ und quantitativ mit den Rechten der neuen Ordnung identisch sind" (a.a.O. S. 48, Hervorhebung vom Verfasser). Denn auch zwei und mehr Rechte können dieselbe Qualität und dieselbe Quantität haben.

je zugeordnete Objekt als solches. Dieses ist vielmehr vor, bei und nach der Übertragung ein und dasselbe Objekt, d.h. identisch.

3. Ändert sich aber bei einer Übertragung notwendig die subjektive Zuordnung ein und desselben Objekts, so folgt daraus als weiteres Strukturmerkmal der Übertragung die Nicht-Identität von Verlierersubjekt und Erwerbersubjekt. Das bedarf keiner weiteren Erörterung.

4. Über die Beziehung des Handlungssubjekts zu den anderen, an einer Übertragung beteiligten Subjekten sagt der Ausdruck "übertragen" nur so viel aus, daß das Handlungssubjekt jedenfalls nicht sowohl mit dem Verlierersubjekt als auch mit dem Erwerbersubjekt identisch sein kann. Denn diese können - was Voraussetzung der Möglichkeit der Identität des Handlungssubjektes mit beiden wäre - miteinander nicht identisch sein.²⁾ Im übrigen ist aber die Beziehung des Handlungssubjekts als solchem zu den beiden anderen Subjekten beliebig: Das Handlungssubjekt braucht also weder mit dem Verlierersubjekt noch mit dem Erwerbersubjekt identisch zu sein, kann aber mit einem von ihnen identisch sein.³⁾

5. Damit erweist sich, daß in dem Ausdruck "übertragen" zwei Aussagebehauptungen notwendig enthalten sind: Die Behauptung der Identität des Übertragungsobjekts und die Behauptung der Nicht-Identität von Verlierersubjekt und Erwerbersubjekt.⁴⁾

²⁾ Vgl. oben Ziffer 3.

³⁾ Der Ausdruck deckt also sowohl das (Hin-)übertragen (= Identität des Handlungssubjekts mit dem Verlierersubjekt) wie das (Her-)übertragen (= Identität des Handlungssubjekts mit dem Erwerbersubjekt). Was im konkreten Aussagefall gemeint ist, ergibt sich aus der genauen Ausfüllung der syntaktischen Beziehung. (So ergibt sich aus der Formulierung "dem Gläubiger" in § 398 BGB, daß dort das Hinübertragen gemeint ist.)

⁴⁾ Die ausgeschlossene Identität des Handlungssubjekts sowohl mit dem Verlierer- wie mit dem Erwerbersubjekt kann bei Erfüllung oben genannter Merkmale nicht auftreten.

§ 8: Die möglichen semantischen Funktionen des Ausdrucks
"übertragen" bei seiner Verwendung zur Bestimmung
gemeinter Sachverhalte

1. Verwendet man nun die Ausdrücke "übertragen" bzw. "Übertragung" als Begriffsbezeichnung für bestimmte Sachverhalte oder als Element der Definition eines für diese Sachverhalte bereits vorhandenen Namens (Begriffsbezeichnung), so ergibt sich aus dem bereits Gesagten, daß dieses Verfahren nur dann zu einer Übereinstimmung von Aussagebehauptung und Sachverhaltsstruktur führt, wenn die gemeinten Vorgänge auch tatsächlich die Strukturmerkmale einer Übertragung - Identität des Objekts und Nicht-Identität von Verlierer-subjekt und Erwerbersubjekt - aufweisen. Nur unter dieser Voraussetzung ist die Aussagebehauptung wahr, gibt die gemeinten Sachverhalte strukturadequat wieder und führt so zur Erkenntnis der gemeinten Sachverhalte. Für die weiteren Zwecke der Untersuchung soll deshalb die Funktion, die der Ausdruck "übertragen" in solchen strukturadequaten Aussagen erfüllt, als "Erkenntnisfunktion" bezeichnet werden.

2. Wird dagegen der Ausdruck "übertragen" zur Kennzeichnung von Sachverhalten benutzt, deren Struktur der Bedeutung der Aussagebehauptung nicht entspricht, oder wird ein Name (eine Begriffsbezeichnung) für Sachverhalte, die die strukturellen Merkmale einer Übertragung nicht aufweisen, durch den Ausdruck "übertragen" definiert, und decken sich also Aussagebehauptung und Sachverhaltsstruktur nicht, so wird die Aussage unrichtig. Sie bezeichnet solchenfalls - mehr oder weniger vage - die gemeinten Vorgänge, führt aber nicht zu ihrer Erkenntnis.¹⁾ Für die weiteren Zwecke der

¹⁾ Es ist selbstverständlich möglich, den Ausdruck "übertragen" ausdrücklich umzudefinieren, ihn also nicht in seinem objektiven Sprachsinn, sondern in einer gewillkürten Bedeutung zu verwenden und dadurch in den geschilderten Fällen u.U. doch zu einer wahren Aussage zu gelangen. Diese Möglichkeit interessiert hier aber nicht, sondern nur die Funktion und Bedeutung eines sachgerechten oder sachfremden Gebrauchs des Ausdrucks in seiner objektiven sprachlichen Bedeutung.

Untersuchung soll deshalb die Funktion des Ausdrucks "übertragen" in solchen, der gemeinten Sachverhaltsstruktur nicht adaequaten Aussagen "Bezeichnungsfunktion" genannt werden.

§ 9: Die möglichen semantischen Funktionen des Ausdrucks "übertragen" hinsichtlich der Behauptung einer Übertragung von Berechtigungen

1. Die Aussage, irgendein Vorgang sei die Übertragung eines Rechts, die Übertragung einer Forderung, des Eigentums, einer Zuständigkeit o.ä., behauptet in bezug auf die jeweils gemeinte Berechtigung und die jeweils beteiligten Subjekte das Vorliegen eines Sachverhalts, infolge dessen ein und dasselbe Recht von einem der beteiligten Subjekte verloren, von einem anderen erworben werde.

2. Prüft man die Funktion, die der Ausdruck "übertragen" in solcherart Aussagen im Hinblick auf eine genaue strukturelle Erfassung der gemeinten Sachverhalte erfüllt, so zeigt sich, daß bei elementarer - d.h. unter völligem Verzicht auf jede gedankliche rechtstechnische Konstruktion vorgenommener - Betrachtung dem Ausdruck "übertragen" nur Bezeichnungsfunktion eignet.

Unter Verzicht auf jedwede Konstruktion besagt die Behauptung, eine Berechtigung werde übertragen, daß ein bestimmtes, kraft der objektiven Rechtsordnung gewährtes Können oder Dürfen eines Subjekts bei Aufrechterhaltung der Identität dieses Könnens oder Dürfens einem anderen Subjekt zugeordnet werde. Aber bei elementarer Betrachtung ist doch dieses sprachlich vergegenständlichte (substantivierte) - und damit sprachlich eine vom Trägersubjekt getrennte und ihm gegenüber selbständige Objektexistenz beanspruchende - Können oder Dürfen (nur) eine innerhalb eines bestimmten Bezugssystems (des objektiven Rechts) als solche geltende ideelle Potenz. Das bedeutet, daß einem bestimmten Subjekt

eine solche Potenz kraft der Normen des Bezugssystems zwar konstitutiv eingeräumt, aber nicht von einem anderen Subjekt übertragen werden kann, weil es undenkbar ist, daß die Potenz des einen Subjekts mit der Potenz eines anderen Subjekts identisch ist: Die ideelle Potenz eines Subjekts kann bei elementarer Betrachtungsweise nicht als selbständig existent gemeint werden. Die Annahme einer solchen selbständigen Existenz ist aber eine notwendige Voraussetzung für die weitere Annahme, die ideelle Potenz könne von ihrem ursprünglichen Subjekt gelöst und auf ein anderes Subjekt übertragen werden. Die Potenz des einen Subjekts kann deshalb bei elementarer Betrachtungsweise der Potenz eines anderen Subjekts bestenfalls in jeder denkbaren Beziehung gleich, nicht aber mit ihr identisch sein.

Im Lichte elementarer Betrachtungsweise handelt es sich infolgedessen in jedem Falle einer behaupteten Rechtsübertragung um einen Akt, an den das objektive Recht das Erlöschen einer bis dahin bestehenden Potenz eines Subjekts unter gleichzeitigem Entstehen einer dieser erloschenen Potenz gleichen oder doch als gleich angesehenen Potenz eines anderen Subjekts knüpft.¹⁾

Der Ausdruck "übertragen" kann deshalb bei elementarer Betrachtung nur Bezeichnungsfunktion, nicht aber Erkenntnisfunktion haben.

¹⁾ Bei elementarer Betrachtung erhält der Zessionar eine der erloschenen Potenz des Zedenten genau gleiche Potenz, weil einerseits die Nebenrechte mit übergehen (§ 401 BGB), andererseits aber der Zessionar die Forderung mit den gegen den Zedenten begründeten Einwendungen behaftet erwirbt (§ 404 BGB). Dagegen erwirbt der (gutgläubige) Indossatar einer Wechselforderung (nur) eine der Potenz des Indossanten als gleich angesehene Potenz, da der Wechselschuldner die etwa gegen den Indossanten begründeten Einwendungen dem Indossatar nicht entgegensetzen kann (Artikel 17 des Wechselgesetzes).

3. Dieser Aussage steht die Annahme gegenüber, daß der Ausdruck "übertragen" auch Erkenntnisfunktion haben könne und in bestimmten Fällen auch wirklich habe, indem nämlich gesagt wird, die jeweils als "übertragbar" oder als "übertragen" behauptete Berechtigung sei identisch ein und dieselbe auf seiten des Verlierer- wie auf seiten des Erwerbersubjekts.^{2) 3)}

Diese Annahme scheint zunächst im Widerspruch zu der hier aufgestellten Behauptung zu stehen, dem Ausdruck "übertragen" käme nur Bezeichnungsfunktion zu.

Indessen ist zu berücksichtigen, daß die möglichen Aussagefunktionen des Ausdrucks "übertragen" hier bisher nur elementar untersucht wurden. Es könnte aber möglich sein, daß bei Anwendung einer rechtstechnischen Betrachtungsweise, d.h. unter Zuhilfenahme gedanklicher Konstruktionen, der Ausdruck "übertragen" strukturadequat und damit in Erfüllung einer Erkenntnisfunktion verwendet werden könnte. Es ist deshalb notwendig, die Frage nach den möglichen Aussagefunktionen des Ausdrucks "übertragen" auch unter rechtstechnischen Gesichtspunkten zu prüfen.

Wie bereits erörtert, scheitert die Annahme einer strukturadequaten Verwendung des Ausdrucks "übertragen" hinsichtlich der Behauptung einer "Übertragung" von Berechtigungen bei elementarer Betrachtungsweise daran, daß dem Können oder Dürfen eines Subjekts keine eigenständige Existenz eignet, es also bei elementarer Betrachtungsweise nicht als selbständig existent gemeint werden kann.⁴⁾ Daraus ergibt

²⁾ Der tautologische Ausdruck "identisch ein und dasselbe" wird hier verwendet, um ganz deutlich darauf hinzuweisen, daß Übereinstimmung in allen Eigenschaften nicht genügt, um bei Vorgängen, als deren Ergebnis ein Subjekt eine rechtliche Potenz verliert, ein anderes Subjekt aber eine der Potenz des ersten in jeder denkbaren Weise genau entsprechende Potenz erhält, ohne weiteres eine Rechtsübertragung annehmen zu können. Vgl. dazu, daß dieser Fehlschluß leicht unterläuft, oben Fußnote 1 zu § 7.

³⁾ Das ist z.B. hinsichtlich der Abtretung einer Forderung (§§ 398ff. BGB) unbestritten.

⁴⁾ Vgl. oben Ziff. 2.

sich, daß die erste Voraussetzung einer möglichen strukturaadequaten Verwendung des Ausdrucks "übertragen" darin besteht, gedanklich eine gegenüber der Existenz des Rechtsinhabers selbständige Existenz einer Berechtigung anzunehmen.⁵⁾

Da aber das durch die objektive Rechtsordnung gewährte Können oder Dürfen eines Subjekts mit diesem untrennbar verbunden ist⁶⁾, wird nicht diese "substantielle Macht", sondern das zu ihr ermächtigende "Recht" gedanklich vergegenständlicht.⁷⁾

Von dieser Möglichkeit gedanklicher Vergegenständlichung von Berechtigungen macht die Rechtstechnik - vor allem im Zivilrecht - vielfach Gebrauch, indem sie Rechte als Gegenstände ansieht und damit eine Voraussetzung für die Möglichkeit der Annahme ihrer Übertragbarkeit schafft.⁸⁾

Dabei ist jedoch stets zu beachten, daß Berechtigungen

⁵⁾ Diese Frage ist von der Frage nach der Möglichkeit des Bestehens von subjektlosen Berechtigungen streng geschieden. Denn dort geht es darum, zu erörtern, ob eine Berechtigung ohne Subjekt möglich sei. Hier handelt es sich aber nur um die Möglichkeit, eine Berechtigung als einen selbständig meinbaren Gegenstand zu begreifen, der u.U. - was noch zu untersuchen bleibt - von seinem Trägersubjekt getrennt werden kann. Dabei bleibt offen, ob diese u.U. mögliche Trennung nur - was hier allein zu erörtern ist - unter gleichzeitiger Schaffung einer anderen Subjektbeziehung derselben Berechtigung - d.h. durch Übertragung der Berechtigung - denkbar oder ob auch eine subjektlose Existenz von Rechten möglich ist.

⁶⁾ Das Können oder Dürfen eines Subjekts ist einer Vergegenständlichung unzugänglich. Seine Vergegenständlichung würde im Rahmen des Übertragungsproblems auf die bloße Fiktion hinauslaufen, daß die Potenz eines Subjekts identisch mit der Potenz eines anderen Subjekts sein könne. Rechtstechnisch und mit dem Blick auf das Übertragungsproblem läßt sich nur die Ermächtigung zu der rechtlichen Potenz eines Subjekts vergegenständlichen, weil durchaus angenommen werden kann, daß sowohl die Potenz des Verlierversubjekts wie die Potenz des Erwerbersubjekts aus derselben Ermächtigung fließen.

⁷⁾ Vgl. dazu oben § 6, S. 27f.

⁸⁾ Der Begriff des Gegenstandes i.S. des Zivilrechts soll - als elementarer Begriff dieser Disziplin - hier nicht besonders erörtert werden.

keine Gegenstände im streng ontologischen Sinne sind, sondern nur - um sie selbständig meinen zu können - als solche gedacht werden⁹⁾, und daß solche Vergegenständlichungen lediglich Zweckschöpfungen sind, um die gedankliche Erfassung bestimmter Vorgänge zu erleichtern.

Gerade weil es sich bei der Vergegenständlichung von Berechtigungen darum handelt, bei der Erklärung bestimmter Rechtsvorgänge den Ausdruck "Übertragung" - im Zivilrecht außerdem den Ausdruck "Belastung" - bedeutungsgemäß verwenden zu können, ist die Zivilistik - soweit ersichtlich seit Rudolf SOHM¹⁰⁾ - vielfach¹¹⁾ der Auffassung, daß Gegenstände nur solche Rechte seien, die mögliche Objekte einer Verfügung, also z.B. einer Übertragung oder einer Belastung mit einem Pfandrecht, sein können. Man scheidet also zwischen Rechten, die Gegenstände sind, und solchen, die es nicht sind.¹²⁾

⁹⁾ Das wird betont, weil im Folgenden einfach davon gesprochen wird, daß Berechtigungen Gegenstände seien.

¹⁰⁾ Vgl. SOHM a.a.O. S. 20ff., insbesondere S. 20: "Gegenstände sind alle Rechte, die durch Verfügungsgeschäft begründet werden." Ferner S. 21: "Für die Rechte, die nicht durch Verfügungsgeschäft erzeugt werden, ist das Kennzeichen ihrer Eigenschaft als Gegenstände ihre Übertragbarkeit: daß sie selbständig durch auf sie bezüglichen Verfügungsgeschäft übertragen werden können." (Hervorhebungen in Abweichung vom Original vom Verfasser)

¹¹⁾ Nach KRELLER a.a.O. S. 596, wird die Lehre SOHMs heute allerdings meist abgelehnt.

¹²⁾ Auf die Unterscheidung des Römischen Rechts zwischen den "res corporales" und den "res incorporales", die (u.a.) die Forderungsrechte den "res incorporales", das Eigentumsrecht den "res corporales" zuordnete, kann hier nicht eingegangen werden (vgl. zu dieser Unterscheidung KASER a.a.O. S. 319 und KRELLER a.a.O.).

Die erwähnte Unterscheidung ist für die Zwecke dieser Untersuchung nicht brauchbar. Denn sie setzt - weil von der Übertragbarkeit einer Berechtigung auf ihren Gegenstandscharakter schließend - die Beantwortung der Frage, ob die jeweils betrachtete Berechtigung übertragbar ist, bereits voraus. Hier soll aber die Frage der möglichen Übertragbarkeit von Berechtigungen und insbesondere von Zuständigkeiten überhaupt erst untersucht werden.

Außerdem kehrt die erwähnte Unterscheidung logische Abhängigkeitsverhältnisse um: Ein Recht ist nicht Gegenstand, weil es übertragbar ist, sondern es ist (unter anderem) übertragbar, weil es ein Gegenstand ist. Die (gedachte) Gegenständlichkeit einer Berechtigung ist (eine) logische **V o r a u s s e t z u n g**, **n i c h t** die logische **F o l g e** ihrer Übertragbarkeit.

Die Unterscheidung zwischen Berechtigungen, die Gegenstände sind, weil sie übertragen werden können, und solchen, die keine Gegenstände sind, weil sie nicht übertragen werden können, beruht mithin auf einem Zirkelschluß und ist insbesondere dann nicht verwenbar, wenn - wie hier - zu untersuchen ist, **o b** ein Recht bzw. eine bestimmte Gattung von Rechten übertragbar ist oder nicht.

Die Frage, ob ein bestimmtes Recht oder eine Gattung von Rechten übertragbar ist, kann vielmehr überhaupt erst **g e - s t e l l t** werden, wenn man die jeweils betrachtete Berechtigung vergegenständlicht, und sie ist **n i c h t** damit beantwortet, **d a ß** man sie vergegenständlicht.¹³⁾

¹³⁾ Es sei hier nochmals daran erinnert, daß ein notwendiges Merkmal der Übertragung die Identität des Übertragungsobjekts ist. Über das Vorhandensein oder das Fehlen dieses Merkmals bei bestimmten Rechtsvorgängen sagt aber die (gedachte) Vergegenständlichung einer Berechtigung, die nur das selbständige Meinen der Berechtigung ermöglicht, nichts aus.

Weil aber die gedankliche Annahme der Gegenständlichkeit einer Berechtigung überhaupt erst die Voraussetzung für eine Untersuchung der Frage nach einer möglicherweise gegebenen Erkenntnisfunktion des Ausdrucks "übertragen" schafft, ist erste Voraussetzung für die Möglichkeit der Prüfung einer eventuellen Übertragbarkeit von Berechtigungen, den Gegenstandscharakter von Berechtigungen zunächst einmal¹⁴⁾ anzunehmen.

Das Kriterium dafür, ob der Ausdruck "übertragen" bei seiner Verwendung zur begrifflichen Erfassung bestimmter Sachverhalte Bezeichnungsfunktion oder Erkenntnisfunktion hat, liegt also nicht in dem - jeweils als vorhanden oder als fehlend gedachten - Gegenstandscharakter des betrachteten Rechts, sondern darin, ob das als Gegenstand gedachte Recht als identisch ein und dasselbe Objekt in eine andere als die ursprüngliche subjektive Beziehung gebracht werden kann.

4. Demnach ist zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen ein Wechsel der subjektiven Beziehung ein und derselben Berechtigung möglich bzw. ausgeschlossen ist. Dabei sollen und dürfen die Voraussetzungen, unter denen Rechtsübertragungen rechtlich zulässig bzw. rechtswirksam sind, unerörtert bleiben: Da diese Voraussetzungen durch das objektive Recht beliebig festsetzbar sind, lassen sie sich nur durch Auslegung einer bestimmten Rechtsordnung, nicht aber im Rahmen der hier anzustellenden rechtstheoretischen Erörterungen bestimmen. An dieser Stelle sind allein diejenigen Merkmale zu ermitteln, die - ihre rechtswirksame Setzung vorausgesetzt - die Annahme einer Rechtsübertragung rechtfertigen oder ausschließen.

Ausgangspunkt dieser Untersuchung ist die Feststellung, daß die alternative Innehabung inhaltlich gleicher Rechtspositionen verschieden strukturiert sein kann: Sie kann ent-

¹⁴⁾ Bei der Prüfung der Frage, ob eine bestimmte Art von Berechtigungen übertragbar ist, muß diese Frage besonders untersucht werden.

weder auf dem Übergang derselben Berechtigung von dem einen Subjekt auf das andere Subjekt beruhen; sie kann aber auch durch den Untergang der Berechtigung des einen Subjekts bei gleichzeitiger Entstehung einer dieser zwar inhaltlich gleichen, mit ihr aber nicht identischen Berechtigung des anderen Subjekts bewirkt werden. Diese beiden Möglichkeiten schließen sich gegenseitig aus. Zu ermitteln ist demnach, ob und unter welchen Voraussetzungen die Lösung ¹⁵⁾ einer Berechtigung von ihrem Subjekt dieses Recht bestehen läßt oder zum Erlöschen bringt.

Die Lösung einer Berechtigung von ihrem Subjekt hebt die bis dahin bestehende subjektive Zuordnung dieser Berechtigung unabhängig davon auf, ob sie diese Berechtigung bestehen läßt oder zum Erlöschen bringt. Deshalb müssen sich sowohl die Voraussetzungen als auch die Wirkungen des Lösungstatbestandes - Untergang oder Bestehenbleiben der Berechtigung - aus der Art und Weise ableiten lassen, in der das objektive Recht die Entstehung und die Zuordnung von Berechtigungen regelt.

Insoweit lassen sich zwei grundlegend verschiedene Prinzipien unterscheiden.

¹⁵⁾ Der Ausdruck "Lösung" ist hier nicht in seinem genauem Sprachsinn gebraucht. Er meint hier einen Vorgang, durch den ein Recht seinem Subjekt "weggenommen" wird, wobei offenbleibt, ob das "Nicht-mehr-Vorhandensein" des Rechts in seiner bis dahin bestehenden subjektiven Verknüpfung auf dem Untergang oder auf dem Übergang des Rechts (auf ein anderes Subjekt) beruht. Er ist gewählt, weil ein präziser Ausdruck für das Gemeinte nicht zur Verfügung steht. Nach genauem Sprachsinn liegt dagegen in der Behauptung einer "Lösung" die Aussage, daß die voneinander gelösten Teile die Lösung überdauern. Ist also - ungenau gesprochen - die "Lösung" eines Objekts von einem Subjekt nur durch Untergang des Objekts möglich, so liegt - genau gesprochen - gerade keine Lösung vor. Das heißt: Ein Objekt, das nur durch Untergang von seinem Subjekt "gelöst" werden kann, ist eben unlosbar mit seinem Subjekt verbunden und also unübertragbar.

Das erste Prinzip, nach dem das objektive Recht die Entstehung und subjektive Verknüpfung von Berechtigungen regelt, besteht darin, daß an einen Tatbestand die Entstehung eines Rechts geknüpft, und - dies interessiert vor allem - dieses Recht demjenigen bestimmten Subjekt zugeordnet wird, das in einer bestimmten, durch das objektive Recht angeordneten Beziehung zu dem konkret eingetretenen Tatbestand steht.¹⁶⁾ Dabei ist es gleichgültig, ob dieser Tatbestand in der gewährenden Norm selbst festgelegt ist¹⁷⁾, oder ob der gewährende Rechtssatz einen Tatbestand voraussetzt, dessen rechtswirksame Setzung nach anderen Vorschriften des objektiven Rechts zu beurteilen ist¹⁸⁾.

Weiterhin ist unerheblich, ob der speziell die subjektive Zuordnung des Rechts bewirkende Tatbestand in bezug auf seine Funktion bei der Entstehung des Rechts rechtsfolgebegründend¹⁹⁾ oder nur rechtsfolgebedingend²⁰⁾ ist.

¹⁶⁾ z.B. als "Verletzter" (§ 823 Abs. 1 BGB) oder als "Käufer" (§ 433 Abs. 1 BGB).

¹⁷⁾ Wie z.B. im Falle des § 823 Abs. 1 BGB.

¹⁸⁾ Wie z.B. im Falle des § 433 Abs. 1 BGB, der den Entstehungstatbestand "Kaufvertrag" voraussetzt, dessen rechtswirksame Setzung nach den Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB zu beurteilen ist.
Auf die gesetzestechnische Ausgestaltung des Inbegriffs der rechtsbegründenden Voraussetzungen kommt es insoweit nicht an.

¹⁹⁾ Rechtsfolgebegründend ist ein Tatbestand, "insofern die Rechtsfolge von ihm allein abhängt oder abhängen kann" (WOLFF, Verwaltungsrecht I (4. Aufl.) S. 188). Der Abschluß eines Kaufvertrages z.B. ist für die Entstehung des Anspruches auf Übereignung der gekauften Sache (§ 433 Abs. 1 BGB) rechtsfolgebegründend.

²⁰⁾ Rechtsfolgebedingend ist ein Tatbestand, insofern er für den Eintritt der Rechtsfolge zwar notwendig, aber nicht hinreichend ist (vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht I (4. Aufl.) S. 188). Der Abschluß eines Kaufvertrages z.B. ist also hinsichtlich der Entstehung eines Wandlungs- bzw. Minderungsanspruches (§ 462 BGB) nur rechtsfolgebedingend.

Zwar besteht insofern ein Unterschied, als die Setzung eines rechtsfolgebegründenden Tatbestandes das Recht zur Entstehung bringt, die Setzung eines rechtsfolgebedingenden Tatbestandes aber nur eine unter mehreren notwendigen Voraussetzungen der Entstehung eines Rechts ist, für sich allein also dessen Entstehung nicht zu bewirken vermag. In dem hier untersuchten Zusammenhang ist aber nur entscheidend, daß der Eintritt des jeweiligen Tatbestandes jedenfalls notwendig für die Entstehung des jeweiligen Rechts und entscheidend für dessen Zuordnung zu einem bestimmten Subjekt, also - wenn vielleicht auch nur rechtsfolgebedingend, so doch jedenfalls - zuordnungsbe gründend ist.

Diese Tatbestände können die verschiedenartigste Ausgestaltung erfahren: Sie können tatsächliche Akte oder Rechtshandlungen zum Inhalt haben; sie können von dem infolge ihrer Setzung Berechtigten, Verpflichteten oder einem Dritten gesetzt sein, oder können Vorgänge sein, an denen menschliches Verhalten überhaupt nicht mitwirkt. Diese mannigfaltig mögliche objektivrechtliche Ausgestaltung des Inbegriffs der rechtsbegründenden Voraussetzungen interessiert hier nicht. Denn im Rahmen der Hypothese, daß die Voraussetzungen und Wirkungen der Lösung eines Rechts von seinem Subjekt aus der Art und Weise ableitbar seien, in der das objektive Recht bestimmten Subjekten Rechte zuerkennt, ist nur das Prinzip der Zuerkennung bedeutsam, nicht dagegen die Verschiedenartigkeit der innerhalb des jeweiligen Prinzips möglichen Regelungen.

Über die Berechtigungen, die infolge der Setzung eines Tatbestandes einem bestimmten Subjekt zugeordnet werden, lassen sich nun folgende Aussagen machen:

Die jeweils betrachtete Berechtigung entsteht mit der Erfüllung des normierten Tatbestandes²¹⁾, und wird infolge

²¹⁾ D.h. also durch den Eintritt des rechtsfolgebegründenden Tatbestandes oder des Inbegriffs aller rechtsfolgebedingenden Tatbestände.

dieser Tatbestandssetzung einem bestimmten Subjekt zugeordnet. Es ist also **n i c h t** der gewährende Rechtssatz, der die Verknüpfung des entstehenden Rechts mit seinem konkreten Subjekt unmittelbar bewirkt: Der gewährende Rechtssatz ordnet lediglich die **B e z i e h u n g** zwischen möglicherweise eintretenden Sachverhalten und an diesen Sachverhalten beteiligten Subjekten an, die für die Zuordnung des entstehenden Rechts zu einem bestimmten Subjekt rechtserheblich sein soll. Solcherart gewährte Berechtigungen werden im Folgenden "auf Grund" des objektiven Rechts gewährte Berechtigungen genannt. Dadurch soll angedeutet werden, daß nicht der gewährende Rechtssatz als solcher, sondern die konkrete Setzung des Entstehungstatbestandes für die Zuerkennung eines bestimmten Rechts an sein konkretes Subjekt unmittelbar entscheidend ist.

Die gewährende Norm hat auf ein konkret entstehendes Recht nur insoweit Einfluß, als die Entstehung dieses Rechts in seiner ursprünglichen subjektiven Verknüpfung auf der Geltung der Norm im Zeitpunkt der Tatbestandssetzung beruht. Nach rechtswirksamer Tatbestandssetzung ist aber das Bestehen des Rechts als identisch ein und dasselbe unabhängig von der weiteren Geltung der gewährenden Norm. Denn deren Aufhebung bedeutet nur, daß vom Zeitpunkt der Wirksamkeit der Aufhebung ab ein bis dahin rechtserheblicher Tatbestand, dessen Setzung die Entstehung eines Rechts in einer bestimmten subjektiven Verknüpfung zur Rechtsfolge hatte, in Zukunft insofern nicht mehr rechtserheblich sein soll, so daß also vom Zeitpunkt der Wirksamkeit der Aufhebung ab eine Entstehung von Rechten infolge Setzung eines solchen Tatbestandes nicht mehr möglich ist. Auf Grund des objektiven Rechts gewährte Rechte bleiben also von einer Aufhebung der gewährenden Norm unberührt.²²⁾ Grund des Entstehens und des (Fort-)Bestehens der auf Grund des objektiven Rechts

²²⁾ Das Problem der Zulässigkeit der sogenannten "Rückwirkung" von (die gewährende Norm) aufhebenden Rechtssätzen bleibt hier außer betracht.

gewährten Berechtigungen ist mithin allein die Geltung der gewährenden Norm bei Setzung des Entstehungstatbestandes, nicht aber die Fortgeltung der gewährenden Norm nach Setzung des Entstehungstatbestandes. Eine auf Grund des objektiven Rechts entstandene Berechtigung erlischt demgemäß nur entweder mit dem Eintritt eines Tatbestandes, an den das objektive Recht den Untergang der Berechtigung als Rechtsfolge knüpft, oder unmittelbar kraft eines Rechtssatzes, der die Berechtigung ausdrücklich aufhebt. Entsprechendes gilt hinsichtlich der subjektiven Zuordnung einer solchen Berechtigung. Insoweit besagt der gewährende Rechtssatz, daß die auf Grund des objektiven Rechts entstehende Berechtigung demjenigen Subjekt zugeordnet werden soll, das sich in der angeordneten Beziehung zu dem konkret eingetretenen Tatbestand befindet. Insoweit ist die Anordnung der subjektiven Verknüpfung auch zwingend. Aber die zwingende Kraft der gewährenden Norm beschränkt sich darauf, die subjektive Zuordnung des entstehenden Rechts als Funktion des Entstehungstatbestandes anzuordnen:

Betrachtet man nämlich nur die gewährende Norm, so zeigt sich, daß sich aus ihr die konkreten Subjekte der gewährten Berechtigungen nicht ermitteln lassen: Die gewährende Norm bestimmt als zuordnungsbegründende Merkmale nicht individuelle Merkmale der Berechtigten, sondern bestimmte Beziehungen eines Subjekts zu dem normierten Entstehungstatbestand und bewirkt dadurch die Zuordnung der konkret entstehenden Berechtigung an ihr konkretes Subjekt als Funktion der konkreten Setzung des Entstehungstatbestandes. Die gewährende Norm liefert mithin insoweit nur die Formel der Tatbestandsfunktion, die der Ausfüllung durch einen konkreten Sachverhalt bedarf, um das konkrete Subjekt der gewährten Berechtigung bestimmen zu können. Solange die "Leerstelle" des normierten Tatbestandes nicht durch das "Argument" eines konkreten Lebenssachverhaltes ausgefüllt wird, sind die Subjekte der auf Grund des objek-

tiven Rechts gewährten Berechtigungen gewissermaßen anonym gegenüber der gewährenden Norm. Von der gewährenden Norm her gesehen ist es gleichgültig, ob A oder B, X oder Y bei der Setzung des Entstehungstatbestandes in der für die Zuordnung erheblichen angeordneten Beziehung zu eben dem konkret eingetretenen Tatbestand stehen. Daraus folgt, daß die jeweils betrachtete, auf Grund des objektiven Rechts gewährte Berechtigung ihrem konkreten Subjekt nicht um dessen Individualität willen, sondern wegen der Beziehung zugeordnet wird, in der es sich zu dem konkret eingetretenen Tatbestand befindet.

Wenn aber die gewährende Norm die konkret entstehende Berechtigung dem begünstigten Subjekt nicht wegen dessen Individualität, sondern wegen dessen Beziehung zu dem konkret gesetzten Entstehungstatbestand zuordnet, so ist nicht ausgeschlossen, daß dieselbe konkret entstandene Berechtigung durch Setzung eines weiteren Tatbestandes auf ein anderes Subjekt übergehen kann: Da allein die Beziehung des ursprünglich begünstigten Subjekts zu einem konkret eingetretenen Tatbestand für die Zuordnung der konkret entstandenen Berechtigung erheblich ist, ist es möglich, daß das objektive Recht einen Tatbestand, der nach Setzung des Entstehungstatbestandes eintritt, für die anderweitige Zuordnung derselben Berechtigung für erheblich erklärt, also die auf Grund des Entstehungstatbestandes begründete und dem einen Subjekt zugeordnete Berechtigung infolge der Setzung eines weiteren Tatbestandes als identisch ein und dieselbe auf ein anderes Subjekt übergehen läßt.

Es ist infolgedessen denkbar, eine auf Grund des objektiven Rechts entstandene Berechtigung bei Vermeidung ihres Erlöschens dadurch von ihrem Subjekt zu lösen, daß ein bestimmter, nach rechtswirksamer Setzung des Entstehungstatbestandes eintretender Sachverhalt kraft diesbezüglicher Vorschrift des objektiven Rechts den Wechsel der subjektiven Beziehung ein und derselben auf Grund des objektiven Rechts entstandenen Berechtigung herbeiführt.

Auf Grund des objektiven Rechts gewährte Berechtigungen lassen sich mithin bei Vermeidung ihres Erlöschens von ihrem Subjekt lösen. Sie sind übertragbar, sofern das objektive Recht eine Übertragung wirksam sein läßt. Der Ausdruck "übertragen" kann mithin bei seiner Anwendung hinsichtlich einer auf Grund des objektiven Rechts gewährten Berechtigung Erkenntnisfunktion haben.

Das objektive Recht kann aber Berechtigungen auch in der Weise zuerkennen, daß diese ihren konkreten Subjekten unmittelbar durch den gewährenden Rechtssatz selbst zugeordnet werden. Diese Berechtigungen unterscheiden sich mithin von den auf Grund des objektiven Rechts gewährten Berechtigungen dadurch, daß der gewährende Rechtssatz selbst, nicht aber ein irgendwie gearteter konkreter Sachverhalt eine bestimmte Berechtigung ihrem konkreten Subjekt unmittelbar zuordnet.

Solcherweise gewährte Berechtigungen werden im Folgenden "durch" das objektive Recht gewährte Berechtigungen genannt. Dadurch soll angedeutet werden, daß der gewährende Rechtssatz eine bestimmte Berechtigung mit ihrem konkreten Subjekt unmittelbar verknüpft. Eine solche Zuordnung ist also **n i c h t** eine Funktion irgendeines Entstehungstatbestandes, sondern **u n m i t t e l b a r e i n e F u n k t i o n d e r g e w ä h r e n d e n N o r m s e l b s t.**²³⁾

Betrachtet man nämlich die gewährende Norm, so zeigt sich, daß sie das konkrete Subjekt der gewährten Berechtigung nicht durch die Anordnung einer bestimmten Beziehung eines Subjekts zu einem Tatbestand, sondern durch Anordnung individualisierender Merkmale bestimmt²⁴⁾.

²³⁾ Vgl. dagegen oben S. 43f.

²⁴⁾ So steht z.B. das Recht der freien Meinungsäußerung "jedem" Menschen zu (Artikel 5 Abs. 1 GG); das Recht der freien Berufswahl wird jedem "Deutschen" gewährt (Artikel 12 Abs. 1 GG); der "Bund" und die "Länder" haben die Gesetzgebungsrechte gemäß den Artikeln 70ff. GG; der "Bundespräsident" hat die Befugnis zur Erklärung des Gesetzgebungsnotstandes (Artikel 81 Abs. 1 GG) usw.

Dabei ist es gleichgültig, ob die jeweils in Frage stehende Berechtigung ihrem Subjekt unbedingt²⁵⁾ oder nur unter bestimmten Voraussetzungen²⁶⁾ gewährt wird, denn die Zuordnung der jeweiligen Berechtigung beruht unabhängig davon unmittelbar auf der gewährenden Norm. Das bedeutet, daß das jeweilige Recht seinem Subjekt wegen dessen Individualität, nicht aber um der Setzung irgendeinen Tatbestandes willen zugeordnet wird, mag es vielleicht auch nur infolge der Setzung irgendeines Tatbestandes zur Entstehung gelangen.²⁷⁾

Wenn aber die gewährende Norm die durch sie gewährte Berechtigung dem begünstigten Subjekt nicht wegen der Setzung irgendeines Tatbestandes, sondern wegen dessen Individualität zuordnet, so ist ausgeschlossen, daß diese Berechtigung bei Vermeidung ihrer Vernichtung von ihrem Subjekt gelöst und auf ein anderes Subjekt übertragen werden kann: Da die gewährende Norm die gewährte Berechtigung ihrem konkreten Subjekt unmittelbar zuordnet, ist das konkrete Subjekt eines solchen - unbedingt oder bedingt gewährten-Rechts nicht (wie bei den auf Grund des objektiven Rechts gewährten Rechten²⁸⁾) relativ, sondern absolut bestimmt. Damit werden alle anderen denkbaren Subjekte von der Innehabung einer aktuell durch das objektive Recht gewährten Berechtigung ausgeschlossen, weil die jeweilige Berechtigung infolge der unmittelbaren und folglich absoluten Bestimmung des begünstigten Subjekts nur als in eben dieser Verknüpfung mögliche Berechtigung gewährt worden ist.

²⁵⁾ Wie z.B. das Recht der freien Meinungsäußerung oder das Recht der freien Berufswahl (Artikel 5 Abs. 1 bzw. Artikel 12 Abs. 1 GG).

²⁶⁾ Wie z.B. das Gesetzgebungsrecht des Bundes auf dem Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung oder die Befugnis des Bundespräsidenten zur Erklärung des Gesetzgebungsnotstandes (Artikel 72 Abs. 2 bzw. Artikel 81 Abs. 1 GG).

²⁷⁾ Vgl. dagegen oben S. 43f.

²⁸⁾ Vgl. oben S. 41ff.

Daraus folgt: Solange der gewährende Rechtssatz gilt, ist die durch ihn gewährte Berechtigung untrennbar mit demjenigen bestimmten Subjekt verknüpft, das durch ihn unmittelbar als Subjekt dieser Berechtigung bestimmt wird; und umgekehrt ist - anders als bei den auf Grund des objektiven Rechts gewährten Berechtigungen²⁹⁾ - die Fortgeltung der gewährenden Norm notwendige Voraussetzung für das (Fort-)Bestehen einer durch das objektive Recht gewährten Berechtigung.

Eine solche Berechtigung kann mithin nur dadurch von ihrem Subjekt gelöst³⁰⁾ werden, daß entweder die gewährende Norm aufgehoben - d.h. ihrer Rechtsnormqualität entkleidet - wird, oder dadurch, daß sie - bei Aufrechterhaltung ihrer Rechtsnormqualität - suspendiert, d.h. außer Anwendung gesetzt wird. In beiden Fällen wird die Geltung des gewährenden Rechtssatzes - sei es infolge Verlusts seiner Rechtsnormqualität, sei es infolge Verlusts seiner Anwendbarkeit - beseitigt. Mit der Beseitigung der Geltung der gewährenden Norm erlischt die durch das objektive Recht gewährte Berechtigung.³¹⁾ Eine durch das objektive Recht gewährte Berechtigung läßt sich mithin von ihrem Subjekt nur durch ihren Untergang lösen. Durch das objektive Recht gewährte Berechtigungen sind mithin nicht übertragbar.

29) Vgl. oben S.42f.

30) Vgl. zur hier gemeinten Bedeutung des Ausdrucks "Lösung" oben Fußnote 15.

31) Dabei ist es gleichgültig, ob der gewährende Rechtssatz nur aufgehoben bzw. suspendiert oder - im Zusammenhang damit - durch einen anderen Rechtssatz ersetzt wird: Die durch das objektive Recht gewährten Berechtigungen erlöschen insbesondere auch in den Fällen, in denen der ersetzende Rechtssatz eine Berechtigung gewährt, die der "ursprünglichen" Berechtigung inhaltsgleich und auf ein anderes als das "ursprüngliche" Subjekt gestellt ist. Denn die nunmehr bestehende Berechtigung ist durch den ersetzenden, nicht durch den ersetzten Rechtssatz gewährt worden. Sie ist deshalb der zuvor bestehenden Berechtigung zwar inhaltsgleich, nicht aber mit ihr identisch. Denn die Potenz des "ursprünglich" Berechtigten und die Potenz des "nunmehr" Berechtigten beruhen nicht auf ein und derselben "Ermächtigung" (vgl. oben § 6 i.V. mit Fußnote 6 zu diesem Paragraphen (S. 35)).

5. Zusammenfassend läßt sich hinsichtlich der Übertragbarkeit von Berechtigungen und damit hinsichtlich der möglichen Aussagefunktionen des Ausdrucks "übertragen" folgendes sagen:

Durch das objektive Recht gewährte Berechtigungen können nicht übertragen werden, weil die Lösung einer solchen Berechtigung von ihrem Subjekt diese nur in der angeordneten subjektiven Verknüpfung gewährte Berechtigung notwendig vernichtet. Hinsichtlich der durch das objektive Recht gewährten Berechtigungen hat der Ausdruck "übertragen" mithin bloße Bezeichnungsfunktion.

Auf Grund des objektiven Rechts gewährte Berechtigungen können dagegen übertragbar sein, weil die als Folge der Setzung eines bestimmten Tatbestandes angeordnete subjektive Verknüpfung durch Setzung eines weiteren Tatbestandes ohne Vernichtung der jeweiligen Berechtigung gelöst, und diese einem anderen Subjekt zugeordnet werden kann. Auf Grund des objektiven Rechts gewährte Berechtigungen sind mithin übertragbar, sofern das objektive Recht eine Übertragung wirksam sein läßt. Hinsichtlich dieser Berechtigungen kann also der Ausdruck "übertragen" Erkenntnisfunktion oder bloße Bezeichnungsfunktion haben.

§ 10: Die bloße Bezeichnungsfunktion des Ausdrucks "übertragen" bei seiner Verwendung als Definitionselement des Begriffs "Delegation"

1. Geht man von den bisher aufgefundenen Ergebnissen an die Frage der Übertragbarkeit von Zuständigkeiten heran, so zeigt sich, daß Zuständigkeiten - aus verschiedenen und voneinander unabhängigen Gründen nicht übertragbar sind.
2. Einmal können Zuständigkeiten nicht selbständig, d.h. unabhängig von ihren Subjekten, gemeint werden¹⁾:

¹⁾ Vgl. dazu, daß die selbständige Meinbarkeit von Berechtigungen erste Voraussetzung für die Möglichkeit der Annahme ihrer Übertragbarkeit ist, oben § 9 Ziff. 3.

Durch die Zuständigkeitsordnung werden die Staatsaufgaben hinsichtlich ihrer Innehabung und Wahrnehmung auf verschiedene Hoheitsträger und deren Organe verteilt. Die Zuständigkeitsordnung schafft eine arbeitsteilig funktionierende Organisation, innerhalb derer das Wesen jedes Hoheitsträgers und jedes Organs durch die ihm rechtssatzmäßig zugewiesene Aufgabe - und damit gerade durch den Inbegriff des Inhalts seiner Zuständigkeiten - bestimmt wird. Die Zuständigkeitsordnung erkennt die durch sie begründeten Zuständigkeiten nicht Subjekten zu, die logisch bereits vor dieser Zuständigkeitsordnung existieren: Es gibt kein Organ "Bundespräsident" an sich, d.h. ohne eine das Organ "Bundespräsident" konstituierende Zuständigkeitsordnung. Die Hoheitsträger und Organe sind also als solche in ihrer spezifischen Qualität durch ihre Zuständigkeiten bestimmt und haben keine von diesen Zuständigkeiten unabhängige eigene Existenz.²⁾ Sie bestehen - im Gegensatz zu physischen Personen - nicht nur unter der Rechtsordnung, sondern überhaupt erst kraft der Rechtsordnung: Der preußische Bürgermeister ist "als Ortspolizeibehörde"³⁾ ohne rechtssatzmäßig eingeräumte polizeiliche Zuständigkeiten undenkbar. Bereits aus dieser Tatsache ergibt sich, daß eine Delegation keine Übertragung von Zuständigkeiten sein kann: Eine Rechtsübertragung setzt - als Wechsel der subjektiven Zuordnung ein und derselben Berechtigung - vor und nach erfolgter Übertragung die Existenz sowohl des Verlierer- als auch die des Erwerbersubjekts voraus. Wird aber ein Hoheitsträger oder ein Organ durch die ihm zugewiesenen Zuständigkeiten überhaupt erst geschaffen, so geht folglich bei einer Delegation - d.h. einer angeblichen Übertragung - einer Zuständigkeit der delegierende Hoheitsträger bzw. das delegierende

²⁾ Vgl. oben § 5, insbesondere Fußnote 7 unter a) (S. 20) und Fußnote 21 (S. 26).

³⁾ Vgl. § 2 prPVG und die Ausführungsbestimmungen dazu.

Organ unter und wird insoweit ein neuer Hoheitsträger bzw. ein neues Organ durch die delegierende Norm geschaffen. Die Zuständigkeit ist von ihrem Subjekt untrennbar; sie geht bei einer Delegation nicht über, sondern unter. An ihrer Stelle wird eine ihr gleiche, nicht aber mit ihr identische Zuständigkeit geschaffen. Es werden also nicht Zuständigkeiten innerhalb einer - unverändert bestehenden, weil von diesen Zuständigkeiten unabhängigen bzw. abtrennbaren - Organisation übertragen, sondern die Organisation selbst wird verändert.

Es ist deshalb völlig zutreffend, wenn KUHNE hinsichtlich der Delegation gesetzgebender Gewalt sagt, die Legislative setze "als Organ ... den Akt der eigenen Setzung voraus. Dieser Akt der Verfassung ist ihr rechtlicher Existenzgrund."⁴) Eben deswegen hebe aber bei einer Gesetzesdelegation die Legislative "mit einer Bestimmung über die eigene Zuständigkeit ihren eigenen rechtlichen Existenzgrund auf."⁵)

Da also Zuständigkeiten nicht unabhängig von ihren Subjekten gemeint werden können, weil letztere durch die ihnen zugewiesenen Zuständigkeiten überhaupt erst konstituiert werden, geht bei den von TRIEPEL als Delegationen gemeinten Sachverhalten die jeweils gemeinte Zuständigkeit nicht von einem Subjekt auf ein anderes Subjekt über, sondern der Delegant geht - da durch die von ihm "verlorene" Zuständigkeit überhaupt erst existent - samt dieser Zuständigkeit unter. Der Delegatar aber wird durch die Delegation, d.h. durch die Schaffung einer der erloschenen Zuständigkeit des Deleganten gleichen und auf den Delegatar als deren Subjekt bezogenen Zuständigkeit, (insoweit) überhaupt erst als Hoheits-

⁴) a.a.O. S. 137 (Hervorhebung vom Verfasser).

⁵) a.a.O. S. 138 Abs. 1 (Hervorhebung vom Verfasser); vgl. auch GIACOMETTI, Gesetzesdelegation S. 103 Abs. 1 a.E., der dort die Delegation als "Abschaffung" eines Organs "durch sich selbst" bezeichnet.

träger oder als Organ konstituiert.

TRIEPEL, dem diese Zusammenhänge nicht unbekannt geblieben sind⁶⁾, vermeidet es, daraus Folgerungen für die begriffliche Erfassung des Delegationsvorganges zu ziehen, d.h. die Annahme auszuschließen, eine Delegation sei eine Übertragung von Zuständigkeiten. TRIEPEL umgeht diese Folgerungen mit der begründungslos vorgetragenen Bemerkung: "Niemals darf ein unmittelbares Staatsorgan seine ganze Kompetenz delegieren. Eine Delegation von dieser Seite muß immer partiell sein ..."⁷⁾

Damit rettet er zwar bei vordergründiger Betrachtungsweise die Existenz des delegierenden Organs nach erfolgter Delegation und damit die Auffassung, eine Delegation sei die Übertragung einer Zuständigkeit. Bei näherer Betrachtung erweist sich seine Annahme jedoch als Trugschluß:

Wenn beispielsweise der Bundespräsident aus dem Bündel seiner Zuständigkeiten die Zuständigkeit zur Wahrnehmung des Begnadigungsrechts des Bundes gem. Artikel 60 Absatz 3 GG delegiert, so ist er nach erfolgter Delegation nicht etwa Gnadenorgan des Bundes ohne Gnadenzuständigkeiten⁸⁾, sondern infolge des kraft Delegation erfolgten Verlusts seiner organschaftlichen Vertretungsbefugnis in Gnadensachen insoweit nicht mehr Bundesorgan.

Die partielle Delegation ist also nicht - wie von TRIEPEL angenommen - die partielle Übertragung einer Zuständigkeit, sondern die partielle Beseitigung des delegierenden Organs selbst, in dem gewählten Beispielsfall also eine partielle Beseitigung des Organs "Bundespräsident".

⁶⁾ Vgl. Delegation S. 93: "... wenn der Staat selbst seine volle Kompetenz auf ein anderes Subjekt ... überträgt, so macht er seinem Dasein ein Ende."

⁷⁾ Delegation S. 113. In dieser Bemerkung deutet sich schon an, daß TRIEPEL trotz seiner diesbezüglichen ausdrücklichen Leugnung (vgl. oben § 2 zu 2.3, S.13) die Delegation als Zession von Zuständigkeiten auffaßt.

⁸⁾ Diese Annahme wäre, da das Staatsorgan als solches durch seine Zuständigkeiten konstituiert wird, ein Widerspruch in sich selbst.

3. Selbst wenn man davon absieht, daß eine Zuständigkeit nicht selbständig, d.h. unabhängig von ihrem Subjekt, gemeint werden kann, scheitert die Möglichkeit der Annahme der Übertragbarkeit von Zuständigkeiten daran, daß Zuständigkeiten durch das objektive Recht gewährte Rechte sind.⁹⁾

Die Organisationsnormen erkennen den Hoheitsträgern und ihren Organen Zuständigkeiten - unbedingt oder bedingt, in jedem Falle aber - unmittelbar zu. Die Lösung einer Zuständigkeit von ihrem Subjekt kann also nur durch Beseitigung der Geltung der gewährenden Norm - sei es kraft Aufhebung oder kraft Außer-Anwendung-Setzung - herbeigeführt werden und hat das Erlöschen der jeweiligen Zuständigkeit infolge Wegfalls ihres Entstehungsgrundes zur Folge. Zuständigkeiten können deshalb nicht übertragen werden.

Damit ergibt sich, daß der Ausdruck "übertragen" bei seiner Verwendung als Definitionselement des Begriffs "Delegation" bloße Bezeichnungsfunktion erfüllt, d.h. die mit dem Ausdruck "Delegation" gemeinten Sachverhalte nicht strukturaquat abbildet. Er vermag deshalb zur Erkenntnis der Struktur des Delegationsvorgangs nichts beizutragen.

⁹⁾ Vgl. zur Unübertragbarkeit der durch das objektive Recht gewährten Rechte, oben § 9 Ziff. 4, S.45ff.

4. Kapitel: Abweisung des TRIEPELschen Delegationsbegriffs

§ 11: Das Ordnungskriterium des TRIEPELschen Systems der Delegation

1. Mit der Ermittlung der strukturellen Merkmale einer Rechtsübertragung ist nunmehr die Möglichkeit geschaffen, aus dem Gesamtzusammenhang des TRIEPELschen Systems den genauen Sinngehalt des TRIEPELschen Delegationsbegriffs zu ermitteln.¹⁾

Dabei zeigt sich, daß TRIEPEL von der Voraussetzung ausgeht, eine (echte) Delegation sei ein Wechsel der subjektiven Beziehung identisch ein und derselben Berechtigung (Zuständigkeit) bei Identität von Handlungssubjekt und Verlierersubjekt, also die Übertragung einer Zuständigkeit.²⁾

Nur unter dieser Voraussetzung ist das System TRIEPELs - insbesondere die Scheidung zwischen der sogenannten "echten" und den verschiedenen Arten der sogenannten "unechten" Delegation - eindeutig und mit Hilfe jeweils desselben Ordnungskriteriums gegliedert. Bei näherer Betrachtung des Systems TRIEPELs erweist sich nämlich, daß TRIEPEL als unechte Delegationen nur solche Sachverhalte ansieht, denen die Strukturmerkmale einer (Rechts-)Übertragung g a n z o f f e n s i c h t l i c h fehlen, und daß TRIEPEL also den Übertragungsbegriff als Ordnungskriterium hinsichtlich der Scheidung der "echten" Delegation von den "unechten" Delegationen benutzt. Diese Tatsache sei im folgenden an einigen Beispielen nachgewiesen.

2. Das erste dieser Beispiele betrifft die - einen Unterfall des von TRIEPEL so bezeichneten "Mandats zur Ausübung

¹⁾ Vgl. dazu oben die §§ 2 und 3.

²⁾ Die dieser Annahme widersprechenden Aussagen TRIEPELs erweisen sich damit als systemfremde Einsprengsel (vgl. oben § 3 zu Ziff. 1, S. 15).

einer fremden Kompetenz" bildende - "Delegation zur Ausübung."³⁾

TRIEPEL bezeichnet als Mandat den "Rechtsakt, durch den der Inhaber einer Zuständigkeit einem anderen Subjekte die Vollmacht erteilt, seine, des Mandanten Kompetenz in seinem, des Mandanten Namen auszuüben. Der Mandatar erhält also keine neue Kompetenz und der Mandant verliert kein Stück von der seinigen. Bei der Delegation trifft in beiden Beziehungen das Gegenteil zu. Nach geschעהener Delegation übt der Delegatar seine nunmehr vergrößerte Zuständigkeit aus, er wird im eigenen Namen und unter eigener Verantwortung tätig, der Mandatar handelt immer alieno nomine."⁴⁾

Während also "die Delegation eine Kompetenzverschiebung vornimmt, läßt das Mandat ... die vorhandene Kompetenzregulierung unberührt."^{5) 6)}

³⁾ Vgl. Delegation S. 23, 36-38, 53, 54 u.ö.

⁴⁾ Delegation S. 26.

⁵⁾ Delegation S. 26; vgl. dort auch S. 141: Das Mandat nehme "keinerlei Veränderung an der bestehenden Kompetenzordnung vor; es läßt diese vollkommen unberührt."

⁶⁾ Der Begriff des Mandats ist bei TRIEPEL nicht einheitlich. Während in der oben angeführten Stelle und auch speziell im Begriff der "Delegation zur Ausübung" das Mandat so dargestellt wird, als ob es sich dabei um die Vertretung eines Organs durch ein anderes Organ bzw. um die Vertretung eines Hoheitsträgers durch einen anderen Hoheitsträger handeln sollte, heißt es an anderer Stelle: Die Delegation wirke "in ihrer aktiven wie in ihrer passiven Seite auf das Amt als solches, auf die 'Organschaft', auf die Behörde" (Delegation S. 39), das Mandat werde dagegen "sozusagen *a d h o m i n e m* (!) erteilt ... Und selbst wenn der Auftrag an den Träger eines ... Amtes gerichtet ist, so ist er doch immer *h ö c h s t p e r s ö n l i c h* gedacht" (Delegation S. 40, Hervorhebung vom Verfasser). Nach diesen Stellen ist ein Mandat die Vertretung eines Organ *w a l t e r s* durch eine andere physische Person in der Wahrung des Organs, *n i c h t* aber die Vertretung eines Hoheitsträgers oder eines Organs durch einen anderen Hoheitsträger bzw. ein anderes Organ, so wie dies in der TRIEPELSchen Konstruktion der "Delegation zur Ausübung" angenommen wird. Damit widerspricht die Konstruktion der "Delegation zur Ausübung" - die dem Mandatsbegriff unterfallen soll - grundlegend der

Als "Delegation zur Ausübung" und - weil nach seiner Auffassung dem Mandatsbegriff unterfallend - als "unechte" Delegation⁷⁾ bezeichnet TRIEPEL die Fälle der sogenannten "Auftragsverwaltung". Er meint damit die Fälle, in denen der Staat den Gemeinden oder den Gemeindeverbänden oder (innerhalb eines Bundesstaates) der Zentralstaat den Gliedstaaten eine Aufgabe zur Ausübung im Auftrage des die jeweilige Befugnis gewährenden Subjekts zuweist:

"Wenn man ... einen gewissen Teil der Zuständigkeit der Gemeinden und höheren Kommunalverbände ihren 'übertragenen' Wirkungskreis zu nennen pflegt, so ist dies mißverständlich. Denn es handelt sich dabei gerade um dasjenige Stück der Gemeindekompetenz, das der Gemeinde nicht delegiert ist, sondern das sie im Namen des Staates als 'Auftragsangelegenheit' auszuüben hat. Als delegierte Gemeindekompetenzen können nur solche bezeichnet werden, die der Staat aus seiner Zuständigkeitssphäre ausgeschieden und der Gemeinde zur Ausübung in deren eigenem Namen zugewiesen hat."⁸⁾

Und: "Schließlich wäre in diesem Zusammenhange (sc. im Zusammenhang der Erörterung des durch Auftrag und Vollmacht erteilten Mandats) nochmals der 'Auftragsverwaltung' zu gedenken, zu welcher der Staat die Gemeinden oder andern höheren Kommunalverbände bevollmächtigt, ein Rechtsinstitut, das auch im Verhältnisse zwischen Bundes- und Einzelstaat vorkommen kann."⁹⁾

hier angeführten Auffassung TRIEPELS über die Struktur des Mandats, weil die "Delegation zur Ausübung" gerade **n i c h t** "ad hominem" und **n i c h t** "höchstpersönlich" erteilt wird (vgl. dazu den folgenden Text).

7) Vgl. z.B. Delegation S. 53 Abs. 3.

8) Delegation S. 25.

9) Delegation S. 145; vgl. dazu oben Fußnote 6.

Die erste Betrachtung dieser Aussagen zeigt, daß TRIEPEL hier nicht jedes auf die Gemeinden, Gemeindeverbände oder Gliedstaaten gestellte "Mandat" meint. Er bezeichnet vielmehr nur diejenigen Fälle des "Mandats" als "Delegation zur Ausübung", bei denen der "beauftragende" Staat das Mandat zur Ausübung seiner Zuständigkeiten erst erteilt, nachdem die Zuständigkeiten des "beauftragenden" Staates bis dahin von Staatsbehörden wahrgenommen worden waren. Denn nur in bezug auf ein solches "nachträgliches" Mandat kann die Frage einer dadurch möglicherweise bewirkten "Kompetenzverschiebung" und einer "Veränderung der Kompetenzordnung" überhaupt entstehen. TRIEPEL scheidet damit das von vornherein erteilte Mandat aus dem Begriff der "Delegation zur Ausübung" aus.¹⁰⁾

Prüft man die Frage, ob die Zuweisung der "Delegation zur Ausübung" zur Gruppe der "unechten" Delegationen auf der Auffassung beruht, eine "echte" Delegation bestehe in der Übertragung einer Zuständigkeit, so ergibt sich: Entgegen seiner ausdrücklichen Formulierung, das Mandat lasse die vorhandene Kompetenzregulierung unberührt¹¹⁾, spricht

¹⁰⁾ Damit zeigt sich bereits an dieser Stelle, daß das Mandat mit einer Delegation nichts zu tun hat, weil diese eine bestimmte Art der Einräumung einer Zuständigkeit - nämlich i.S. TRIEPELS die "Übertragung" einer Zuständigkeit - unabhängig von der Art dieser Zuständigkeit betrifft, jenes aber die Art einer Zuständigkeit - nämlich eine Zuständigkeit zur Wahrnehmung der Aufgaben einer fremden Institution - unabhängig von der Art ihrer Einräumung meint. Darauf ist hier aber noch nicht einzugehen: An dieser Stelle ist lediglich zu prüfen, ob der TRIEPELSchen Zuweisung der "Delegation zur Ausübung" zur Gruppe der "unechten" Delegationen der Übertragungsbegriff als systemformendes Kriterium zugrundeliegt, d.h. ob unter den von TRIEPEL angenommenen Voraussetzungen die "Delegation zur Ausübung" die Übertragung einer Zuständigkeit enthält oder nicht. Diese Voraussetzungen selbst müssen aber - da es hier noch nicht um die Richtigkeit, sondern nur um die genaue Ermittlung der TRIEPELSchen Lehre geht - undiskutiert bleiben.

¹¹⁾ Delegation S. 26; vgl. auch oben Fußnote 6.

TRIEPEL an anderer Stelle von einem "gewissen Teil der Zuständigkeit der Gemeinden und höheren Kommunalverbände", von dem "Stück der Gemeindekompetenz", das die Gemeinde "als 'Auftragsangelegenheit' auszuüben" habe.¹²⁾ Das bedeutet, daß das Mandat, sofern es auf eine Institution¹³⁾ gestellt wird, die Zuweisung einer Zuständigkeit zur Wahrnehmung der Zuständigkeit des Mandanten bedeutet, und daß also die "Delegation zur Ausübung" die bis dahin bestehende Zuständigkeitsordnung eben doch und insofern ändert, als anstelle der bisher zur Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe zuständigen Institution eine andere Institution zur Wahrnehmung dieser Aufgabe für zuständig erklärt wird.

Wenn TRIEPEL die Fälle der "Delegation zur Ausübung" aus dem Begriff der "echten" Delegation ausscheidet, und dem Begriff der "unechten" Delegation zuweist, so beruht dies darauf, daß in diesen Fällen eine Zuständigkeitsübertragung von dem "beauftragenden" Staat¹⁴⁾ auf die beauftragte Institution ganz offensichtlich nicht vorliegt:

¹²⁾ Delegation S. 25 (Hervorhebungen nur hier).

¹³⁾ Vgl. oben Fußnote 6.

¹⁴⁾ TRIEPEL läßt die Fälle außer Betracht, in denen die "Delegation zur Ausübung" gerade von derjenigen Staatsbehörde vorgenommen wird, an deren Stelle der Mandatar die staatlichen Zuständigkeiten wahrnehmen soll. In diesen Fällen könnte aber u.U. eine "echte" Delegation i.S. TRIEPELS vorliegen. Die Nichtbeachtung dieser Fälle scheint darauf zu beruhen, daß TRIEPEL voraussetzt, eine "Delegation zur Ausübung" müsse notwendig durch Gesetz vorgenommen werden. Unter dieser Voraussetzung liegt freilich im Verhältnis zwischen Gesetzgeber und beauftragter Institution eine Delegation nicht vor, weil der Gesetzgeber nicht seine Zuständigkeit, sondern eine Verwaltungszuständigkeit "überträgt". Die Frage, ob in der "nachträglichen" Begründung einer Auftragsverwaltung ("Delegation zur Ausübung") eine "echte" oder eine "unechte" Delegation zu sehen ist, stellt sich für TRIEPEL deshalb nur im Verhältnis zwischen dem "beauftragenden" Staat und der "beauftragten" Institution, nicht aber im Verhältnis zwischen dem "beauftragenden" Staatsorgan und der "beauftragten" Institution.

Wenn z.B. ein Land den Gemeinden die Wahrnehmung von Landesaufgaben zuweist, so werden die zugewiesenen Aufgaben nicht eigene Aufgaben der Gemeinden. Sie bleiben vielmehr eigene Aufgaben des "beauftragenden" Landes. Die Gemeinden erhalten also bei einer "Delegation zur Ausübung" jedenfalls keine Hoheit¹⁵⁾, da die ihnen zugewiesenen Aufgaben fremde Aufgaben sind. Sie werden also mit der Wahrnehmung von Landeszuständigkeiten betraut und unterscheiden sich deshalb insoweit nicht von Institutionen, die ausschließlich mit der Wahrnehmung solcher Zuständigkeiten betraut sind. Sie erhalten mithin eine Zuständigkeit nur zur Wahrnehmung fremder Aufgaben, d.h. eine spezifische Organzuständigkeit.¹⁶⁾ Die Gemeinden sind also Organe des Landes, insoweit sie kraft der "Delegation zur Ausübung" dessen Angelegenheiten wahrnehmen.¹⁷⁾

¹⁵⁾ Vgl. zum Begriff der "Hoheit" oben § 5 Ziff. 2.

¹⁶⁾ Dieser Sachverhalt ist TRIEPEL keineswegs entgangen. Er sagt hinsichtlich des Artikels 72 der Preußischen Verfassungsurkunde von 1920: "Ganz richtig ist die Ausdrucksweise in der preußischen Verfassungsurkunde von 1920 in Artikel 72 ...; bei der Besorgung dieser Auftragsangelegenheiten nehmen die Provinzen, wie es wörtlich hieß, 'als ausführende Organe des Staates staatliche Angelegenheiten' wahr" (Delegation S. 26). Von daher gesehen ist die Zuordnung der Einräumung einer Auftragsverwaltung ("Delegation zur Ausübung") zum Mandatsbegriff - ganz abgesehen davon, daß sie nicht "ad hominem" und nicht "höchstpersönlich" (vgl. oben Fußnote 6), sondern "ad institutionem" und "apersonal" erteilt wird - unrichtig, weil der angebliche Mandatar in diesen Fällen eine Zuständigkeit erhält, folglich aber die Zuständigkeitsordnung nicht - wie im Mandatsbegriff gefordert - unverändert bestehen bleibt, sondern geändert wird.

¹⁷⁾ Regelmäßig verbleiben der "beauftragten" Institution als eigene Angelegenheiten: Die Bestimmung der zuständigen Behörde, die Bereitstellung des Verwaltungspersonals und der sachlichen Verwaltungsmittel (vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht I (4. Aufl.), S. 23). Daß diese Aufgaben jedoch nicht notwendig im eigenen Wirkungskreis der "beauftragten" Institution verbleiben, zeigt z.B. Artikel 85 Abs. 1 GG, wonach im Bereiche der Bundesauftragsverwaltung der Länder (auch) der Bund die Behördenorganisation einrichten kann.

Da mithin vor und nach der sogenannten "Delegation zur Ausübung" das Land Träger der Zuständigkeit (Hoheit) ist, zu deren Wahrnehmung die Gemeinden ermächtigt werden, geht diese Zuständigkeit ganz offensichtlich nicht auf die sogenannten "Mandatare" über. Damit ist aber in dem Beispielsfall eine Übertragung dieser Hoheit von dem Land auf die Gemeinden ausgeschlossen. Entsprechendes gilt für die übrigen von TRIEPEL angeführten Fälle der "Delegation zur Ausübung". Gerade deshalb scheidet TRIEPEL die "Delegation zur Ausübung" aus seinem Delegationsbegriff aus.

3. Auch die Einordnung der von TRIEPEL so genannten "konservierenden Delegation" in die Gruppe der sogenannten "unechten" Delegationen¹⁸⁾ beruht auf der Voraussetzung, daß eine Delegation die Übertragung einer Zuständigkeit sei.

"Bei der konservierenden Delegation überträgt der Delegant eine Kompetenz, behält sich aber vor, nach Gefallen die gleiche Kompetenz auch selber auszuüben."¹⁹⁾ Es handele sich also bei dieser Art der Delegation²⁰⁾ "nicht um den Verlust einer Zuständigkeit ... Die konservierende Delegation ... überträgt die Kompetenz dem Delegatar zur Ausübung im eigenen Namen."²¹⁾ Bei der konservierenden Delegation erhält

18) Vgl. Delegation S. 53.

19) Delegation S. 53.

20) Im Gegensatz zur "echten" Delegation, vgl. Delegation S. 23.

21) Delegation S. 54. In diesem und in dem zu der vorigen Fußnote angeführten Zitat hat der Ausdruck "überträgt" die Bedeutung "weist zu". Er hat also eine andere Bedeutung als das in der Definition der "echten" Delegation (Delegation S. 23) verwendete Wort "überträgt". Dort überträgt der Delegant "seine" Kompetenz, der Delegatar erhält also infolge der ("echten") Delegation identisch ein und dieselbe Zuständigkeit, die vorher der Delegant innehatte. Hier handelt es sich "nicht um den Verlust einer Zuständigkeit", und hier behält sich der Delegant infolgedessen vor, "die gleiche" - nicht dieselbe - Zuständigkeit auszuüben. Daraus ergibt sich, daß der hier verwendete Ausdruck "überträgt" dem bei der Definition der "echten" Delegation verwandten Ausdruck "überträgt" nicht bedeutungsgleich ist.

der Delegatar eine der bestehen gebliebenen Zuständigkeit des Deleganten gleiche - nicht aber mit ihr identische - Kompetenz, und beide - Delegant wie Delegatar - sind befugt, je ihre Zuständigkeit auszuüben.

Die Einordnung der konservierenden Delegation in die Gruppe der unechten Delegationen beruht also insofern auf der Voraussetzung, daß eine (echte) Delegation ein Wechsel der subjektiven Beziehung identisch ein und derselben Zuständigkeit sei, weil solchenfalls nur in den Fällen, in denen der Delegant eine Zuständigkeit verliert, eine "wirkliche" (echte) Delegation vorliegt.

Würde TRIEPEL dagegen für die echte Delegation nur die Innehabung einer der des Deleganten gleichen - nicht aber mit ihr identischen - Zuständigkeit durch den Delegatar fordern, so wäre nicht einzusehen, warum eine echte Delegation notwendig einen Kompetenzverlust des Deleganten bewirken müßte: Mit oder ohne Kompetenzverlust des Deleganten würde doch die Stellung des Delegatars in beiden Fällen insofern die gleiche sein, als er infolge der Delegation eine Zuständigkeit erhielte, die ihm normalerweise - und das heißt kraft der durch das objektive Recht für den Regelfall vorgenommenen Zuständigkeitsverteilung - nicht zukäme, und die er erst durch den Delegationsakt erhalten hat. So gesehen, wäre die konservierende Delegation keine "unechte", sondern (nur) eine besondere Art der "echten" Delegation.

Nur wenn man die Delegation als Wechsel der subjektiven Beziehung identisch ein und derselben Zuständigkeit begreift, wird die konservierende Delegation deshalb zur unechten Delegation, weil eine echte Delegation unter diesen gedanklichen Voraussetzungen notwendig einen Kompetenzverlust auf Seiten des Deleganten bewirkt.

§ 12: Abweisung des TRIEPELschen Delegationsbegriffs

Die angeführten Beispiele, die sich noch um einige weitere

vermehrten ließen, mögen für den Nachweis genügen, daß TRIEPEL unter einer (echten) Delegation - trotz diesbezüglicher ausdrücklicher Leugnung¹⁾ - eine Übertragung (Zession) von Zuständigkeiten versteht.

Da bereits feststeht, daß eine Delegation jedenfalls keine solche Übertragung von Zuständigkeiten - d.h. kein Wechsel der subjektiven Beziehung identisch ein und derselben Zuständigkeit - sein kann²⁾, läßt sich nunmehr die Auffassung TRIEPELS ohne weitere Erörterungen als unrichtig aufweisen.³⁾

¹⁾ Vgl. oben § 2 Ziff. 3, S. 12f.

²⁾ Vgl. oben § 10.

³⁾ Vgl. oben § 3 Ziff. 2, S. 16.

Zweiter Abschnitt: Die Strukturmerkmale der Delegation

1. Kapitel: Die Delegation als Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit

§ 13: Die Struktur der Delegation und ihre Abgrenzung von der Änderung und Durchbrechung einer Regel

1. Der Untersuchung ist jetzt die Aufgabe der Neubildung des Delegationsbegriffs gestellt. Zu diesem Zweck soll anhand zweier Beispiele, die Delegationen - also im Sinne des TRIEPELschen Delegationsbegriffs "Zuständigkeitsübertragungen" - betreffen, versucht werden, Einsichten in die Struktur der Delegation zu gewinnen.

Es sind dies die durch Art. 60 Abs. 3 GG i.V. mit Art. 60 Abs. 2 GG zugelassene Delegation der Organzuständigkeit zur Ausübung der Begnadigungshoheit des Bundes und die durch Art. 108 Abs. 3 Satz 4 GG i.V. mit Art. 108 Abs. 3 Satz 1 GG zugelassene Delegation der Verwaltungshoheit über bestimmte Steuern.¹⁾ Die Vorschriften betreffen Sachverhalte, die im Sinne des TRIEPELschen Delegationsbegriffs als "Zuständigkeitsübertragungen" aufzufassen sind: In beiden Fällen wird eine "Kompetenzverschiebung" zugelassen, die auf dem Willen dessen beruht, der an Zuständigkeit verliert.²⁾

¹⁾ Vgl. zum Begriff der Organzuständigkeit und zum Begriff der Hoheit oben § 5.

²⁾ Vgl. Delegation S. 23.

Schließlich gebraucht in beiden Fällen das Grundgesetz selbst den Ausdruck "übertragen". Es handelt sich also um Fälle, die beide "echte" Delegationen im Sinne des TRIE-PELschen Delegationsbegriffs sind.

2. Eine erste Betrachtung dieser Sachverhalte ergibt:
Gemäß Artikel 60 Absatz 2 GG hat der Bundespräsident die Zuständigkeit zur Ausübung des Begnadigungsrechts des Bundes. Artikel 60 Absatz 3 GG gestattet ihm, "diese" Befugnis auf andere Behörden zu "übertragen".³⁾

Eine Lösung der Zuständigkeit des Bundespräsidenten von ihrem Subjekt ist nur dadurch möglich, daß die Vorschrift des Artikels 60 Absatz 2 GG entweder aufgehoben - d.h. ihrer Qualität als Rechtsnorm entkleidet - oder suspendiert - d.h. außer Anwendung gesetzt - wird. Denn solange diese Norm gilt, hat der Bundespräsident die ihm durch sie gewährte Zuständigkeit. Wird sie aber aufgehoben oder außer Anwendung gesetzt, so erlischt die durch sie gewährte Zuständigkeit. Die durch Artikel 60 Absatz 2 GG gewährte Zuständigkeit kann mithin nicht als identisch ein und dieselbe in eine andere als die angeordnete subjektive Beziehung gebracht werden.

Entsprechend verhält es sich im Falle des Artikels 108 Absatz 3 Satz 4 GG. Durch Artikel 108 Absatz 3 Satz 1 GG wird die Verwaltungshoheit der Länder hinsichtlich bestimmter Steuern begründet. Eine Lösung dieser Zuständigkeit von ihrem Subjekt ist nur im Wege der Beseitigung der Geltung des Artikels 108 Absatz 3 Satz 1 GG möglich. Solange diese Norm gilt, haben die Länder die ihnen durch sie gewährte Verwaltungshoheit über die dort genannten Steuern. Wird diese Vorschrift aber außer Geltung gesetzt, so erlischt das durch sie gewährte Recht. Die durch Artikel 108 Absatz 3 Satz 1 GG gewährte Zuständigkeit kann also nicht als identisch ein und dieselbe den Gemeinden übertragen werden.

Die "anderen Behörden" gemäß Artikel 60 Absatz 3 GG bzw.

³⁾ Vgl. hierzu und zum Folgenden oben § 10.

den Gemeinden gemäß Artikel 108 Abs. 3 Satz 4 GG eingeräumte Kompetenz geht also nicht als identisch ein und dieselbe vom Bundespräsidenten bzw. von den Ländern auf den jeweiligen Delegatar über, sondern wird durch den Bundespräsidenten bzw. die Länder konstitutiv begründet. Entstehungsgrund dieser Kompetenzen ist demnach nicht - wie das bei einer Übertragung der Fall sein müßte - Artikel 60 Absatz 2 GG bzw. Artikel 108 Absatz 3 Satz 1 GG, sondern die Anordnung des Bundespräsidenten bzw. das Landesgesetz, die die betreffende Zuständigkeit begründen.

Das Grundgesetz gebraucht in beiden Fällen den Ausdruck "Übertragen" und bringt damit zum Ausdruck, daß der Delegant als Folge des "Übertragungs-" Akts die ihm bis dahin zustehende Kompetenz verlieren soll bzw. kann.⁴⁾ Ob und wie sich dieser Verlust vollzieht, soll an dieser Stelle dahingestellt bleiben. Hier soll zunächst untersucht werden, welche Folgerungen sich aus der Feststellung ergeben, daß der Delegationsakt nicht eine Zuständigkeit auf den Delegatar übergehen läßt, sondern die delegierte Zuständigkeit überhaupt erst begründet.

3. Soweit bisher ersichtlich, liegt anscheinend eine Delegation vor, wenn einem Subjekt durch das objektive Recht eine Hoheit oder eine Organkompetenz eingeräumt wird, die der Hoheit oder der Organkompetenz eines anderen Subjekts (zwar) gleich, mit dieser aber nicht identisch ist.

Nun ist mit dieser Aussage noch nichts gerade für den Begriff der Delegation Wesentliches gewonnen: Weder die Tatsache, daß eine Zuständigkeit durch das objektive Recht eingeräumt wird, noch die Tatsache, daß die Kompetenz eines Subjekts der eines anderen gleich ist, besagt etwas gerade für die Delegation Eigentümliches. Es hat sich bereits gezeigt, daß j e d e Zuständigkeit - und mithin auch die nicht-

⁴⁾ Vgl. dazu, daß eine Delegation nicht notwendig den Untergang der Kompetenz des Deleganten bewirkt, unten § 14.

delegierte - "durch" das objektive Recht gewährt wird.⁵⁾
Ferner können einander gleiche Zuständigkeiten zweier
Subjekte vorliegen, ohne daß die eine von beiden eine
delegierte Kompetenz zu sein braucht.

Ein Beispiel dafür bietet Artikel 65a GG. Mit der Verkündung
des Verteidigungsfalles wird die Vorschrift des Artikels 65a
Absatz 1 GG außer Anwendung gesetzt und an ihrer Stelle die
des Artikels 65a Absatz 2 GG in Anwendung gebracht. Infolge
dieses Vorgangs verliert der Bundesverteidigungsminister
die Befehls- und Kommandogewalt über die Streitkräfte und
erhält der Bundeskanzler an Stelle⁶⁾ des Bundesverteidigungs-
ministers die Befehls- und Kommandogewalt über die Streit-
kräfte. Insoweit ist zwischen den erörterten Fällen der
Artikel 60 Absatz 3 GG und 108 Absatz 3 Satz 4 GG einerseits,
dem Fall des Artikels 65a Absatz 2 GG andererseits kein Unter-
schied festzustellen.

Diese Vorgänge haben aber doch eine jeweils verschiedene recht-
liche Bedeutung.

Bis zur Verkündung des Verteidigungsfalles hat der Bundesver-
teidigungsminister gemäß Artikel 65a Absatz 1 GG ausnahmslos
die Befehls- und Kommandogewalt über die Streitkräfte, von
der Verkündung des Verteidigungsfalles ab liegt die Befehls-
und Kommandogewalt gemäß Artikel 65a Absatz 2 GG ausnahmslos
beim Bundeskanzler. Nach dem Grundgesetz haben also entweder
der Bundesverteidigungsminister oder der Bundeskanzler die

⁵⁾ Vgl. oben § 10 Ziff. 3, S. 52.

⁶⁾ Der Inbegriff der aus der Befehls- und Kommandogewalt
fließenden Befugnisse ist zwar vor und nach Verkündung
des Verteidigungsfalles - insbesondere auf Grund weiter-
gehender völkerrechtlicher Beschränkungen der Befehls-
und Kommandogewalt im Verteidigungsfall (vgl. v.MANGOLDT-
KLEIN, Kommentar, Anm. III 1 f zu Art. 65a, S. 1279ff.) -
verschieden. Diese Unterschiede beruhen jedoch nicht darauf,
daß die Befehls- und Kommandogewalt des Bundesverteidigungs-
ministers von der des Bundeskanzlers als solche inhaltlich
geschieden sei, sondern auf dem Umstand, daß sich der Umfang
der Befehls- und Kommandoheit des Bundes mit Eintritt des
Verteidigungsfalles verändert. Der Bundeskanzler erhält des-
halb eben die Befugnisse, die - ohne den Übergang der Befehls-
und Kommandogewalt gem. Art. 65a Abs. 2 GG - dem Bundesver-
teidigungsminister mit Eintritt des Verteidigungsfalles zu-
stehen würden.

Befehls- und Kommandogewalt über die Streitkräfte. Es handelt sich demgemäß im Falle des Artikels 65a GG um zwei durch ein und dieselbe Rechtsquelle gewährte, deshalb aber regelmäßige, ordentliche, gleiche und im Verhältnis zueinander alternative Zuständigkeiten.⁷⁾

Bezüglich der anderen erwähnten Beispiele (Artikel 60 Absatz 3 GG und Artikel 108 Absatz 3 Satz 4 GG) liegt aber insoweit ein anderer Sachverhalt vor.

Nach den Artikeln 60 Absatz 2 und 108 Absatz 3 Satz 1 GG ist der jeweils organisatorisch geregelte Aufgabenbereich - die Ausübung der Begnadigungshoheit des Bundes bzw. die Verwaltung bestimmter Steuern - Gegenstand nur jeweils einer Zuständigkeit, nämlich der des Bundespräsidenten bzw. der der Länder. Durch Vorschriften des Grundgesetzes wird also für jede der erwähnten Aufgaben nur eine regelmäßige, ordentliche und als solche ausschließliche Zuständigkeit begründet. Das Grundgesetz enthält keine Vorschrift, die

⁷⁾ TRIEPEL hat deshalb im Ergebnis recht, wenn er sagt, man solle in den Fällen, "in denen ein Gesetz den 'Übergang' von Zuständigkeiten von einer 'Erklärung' des Inhabers der übergelenden Zuständigkeit abhängig" mache, nicht von einer Delegation sprechen. Diese Erklärung - so wie sie z.B. in dem preußischen Gesetz über den Belagerungszustand vom 4. Juni 1851 (GS S. 451) hinsichtlich des Übergangs der vollziehenden Gewalt vorgesehen sei (vgl. § 4 Abs. 1 i.V. mit § 2 Abs. 2 (1. Alternative) des Gesetzes) - sei "keine Delegation, sondern ein 'Gestaltungsakt', von dem das Gesetz den Übergang der Kompetenz abhängen läßt" (Delegation S. 64f.). Die Begründung TRIEPELS trifft den Kern der Sache nicht. Denn daß in solchen Fällen keine Delegation vorliegt, beruht nicht schlechthin darauf, daß ein Gesetz - also nicht das Verlierersubjekt (vgl. Delegation S. 23) - den "Übergang" der Zuständigkeit bewirkt, sondern darauf, daß sämtliche von dem "Übergang" betroffenen Zuständigkeiten durch Gesetz begründet und durch Gesetz in das Verhältnis alternativer Konkurrenz gebracht worden sind.

entsprechende Zuständigkeiten anderer Institutionen begründet. Die Begründung solcher - den grundgesetzlich begründeten regelmäßigen Zuständigkeiten gleichen - Zuständigkeiten durch Setzung von (Z u s t ä n d i g - k e i t s -) N o r m e n v o n n i e d r i g e - r e m a l s V e r f a s s u n g s r a n g gemäß Artikel 60 Absatz 3 GG bzw. gemäß Artikel 108 Absatz 3 Satz 4 GG⁸⁾ hat demgemäß die Bedeutung der Begründung a u ß e r o r d e n t l i c h e r Zuständigkeiten. D a r i n unterscheiden sich die erwähnten, als Delegationsbeispiele angeführten Fälle von dem Fall des Artikels 65a GG, und gerade darin liegt das spezifische Merkmal der Delegation.⁹⁾

Überspitzt ausgedrückt ist also eine Delegation als Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit eine erlaubte Regelwidrigkeit, d.h. eine Ausnahme von der Regel, eine Ausnahme von der "an sich" (regel m ä ß i g) geltenden Zuständigkeitsordnung.

Diese Aussage bedarf der näheren Erläuterung; insbesondere bleibt zu erörtern, was der Ausdruck "außerordentlich" in diesem Zusammenhang präzise meint.

4. Die Ausdrücke "ordentlich" und "außerordentlich" behaupten als Prädikate eines logischen Urteils eine bestimmte und jeweils verschiedene Beziehung des jeweiligen Urteils-Subjekts zu einer "Ordnung": Als "außerordentlich" wird

⁸⁾ Vgl. oben Ziffer 2, S. 63 letzter Abs. bis S. 64 Abs. 1.

⁹⁾ Das heißt: Zwar ist eine kraft Delegation begründete - d.h. außerordentliche - Zuständigkeit der ihr entsprechenden ordentlichen Zuständigkeit inhaltsgleich. Aber umgekehrt ist nicht notwendig eine von zwei inhaltsgleichen Zuständigkeiten eine delegierte, d.h. außerordentliche, Zuständigkeit. Die inhaltliche Gleichheit der außerordentlichen mit der ordentlichen Zuständigkeit ist also zwar ein notwendiges, aber kein spezifisches Merkmal der delegierten Zuständigkeit.

etwas behauptet, was als außerhalb, als "ordentlich" etwas, was als innerhalb einer bestimmten Ordnung befindlich gemeint wird.

Wird eine Zuständigkeit als "außerordentliche" Zuständigkeit behauptet, so wird damit ausgesagt, daß die betreffende Zuständigkeit außerhalb einer bestimmten Zuständigkeitsordnung stehe. Es fragt sich aber, auf welche Zuständigkeitsordnung sich diese Annahme bezieht. Zunächst ergibt sich ohne weiteres, daß die Zuständigkeitsordnung in ihrer Gesamtheit nicht gemeint sein kann:

Eine Kompetenz beruht - wie jede Berechtigung - auf einer geltenden Norm des objektiven Rechts. Diese geltende und die jeweilige Zuständigkeit gewährende Norm ist also in jedem Falle - d.h. auch falls sie eine außerordentliche Zuständigkeit gewährt - Bestandteil der Rechtsordnung im allgemeinen und Bestandteil der objektivrechtlichen Zuständigkeitsordnung im besonderen. Von hier aus gesehen könnte mithin eine Zuständigkeit niemals eine außerordentliche sein, und insofern scheint der Begriff der außerordentlichen Zuständigkeit jedes sinnvollen Gehalts zu entbehren.

Entsprechendes gilt, wenn man den Begriff der Ordnung nicht auf die Gesamtheit der objektivrechtlichen Zuständigkeitsnormen, sondern auf den Inbegriff der durch sie begründeten Zuständigkeiten bezieht. Auch in diesem Falle ist schlechthin jede Kompetenz Bestandteil dieser Ordnung, kann also niemals außerordentlich sein.

Um den Ausdruck "außerordentlich" sinnvoll anwenden zu können, ist es notwendig, unter der gemeinten Ordnung nur einen bestimmten Teilbereich der objektivrechtlichen Zuständigkeitsnormen und dementsprechend nur den Inbegriff der durch diesen Teilbereich begründeten Zuständigkeiten zu verstehen.

Nun ist bereits gesagt worden, eine delegierte Zuständigkeit beruhe auf der Delegation als einer erlaubten Regelwidrigkeit. Das besagt, daß die delegierte Zuständigkeit deshalb

eine außerordentliche sei, weil sie sich außerhalb der r e g e l m ä ß i g e n Zuständigkeitsordnung befinde. Die hier gesuchte Ordnung ist also nicht die Zuständigkeitsordnung schlechthin - werde sie nun als Gesamtheit der Zuständigkeitsnormen oder als Inbegriff der durch sie gewährten Zuständigkeiten verstanden -, sondern die regelmäßige Zuständigkeitsordnung.

Es fragt sich deshalb, was als regelmäßige Zuständigkeitsordnung anzusehen ist.

Ganz allgemein betrachtet, ist eine Regel ein innerhalb eines bestimmten Bezugssystems geltender¹¹⁾, einen bestimmten Gegenstandsbereich autoritativ und generell¹²⁾ regelnder Satz. Infolge der ihm eignenden Autorität können innerhalb des jeweiligen Bezugssystems und im Hinblick auf den je geregelten Gegenstandsbereich grundsätzlich nur solche Sachverhalte als systemgerecht anerkannt und damit als innerhalb des jeweiligen Bezugssystems "gültig" gesetzt werden, die "der Regel gemäß" gesetzt, d.h. "regelmäßige" Sachverhalte sind.

¹¹⁾ z.B. eine "Spiel"-Regel, eine "Schreib"-Regel, eine Regel "der Logik", eine "methodische" Regel, eine "Rechts"-Regel.

¹²⁾ Von einer Regel kann sinnvoll nur gesprochen werden, wenn der als Regel gemeinte Satz a l l e g l e i c h - a r t i g e n Sachverhalte g l e i c h m ä ß i g regelt. Eine solche gleichmäßige Regelung gleichartiger Sachverhalte erfordert aber begriffsnotwendig eine generelle - d.h. eine G a t t u n g von Sachverhalten a l s s o l c h e (und damit alle konkret auftretenden Sachverhalte der erfaßten Gattung) - regelnde Anordnung. Eine individuelle - d.h. einen oder nur eine Gruppe, also nicht alle gleichartigen Sachverhalte regelnde - Anordnung erschöpft sich in der Regelung gerade dieser Sachverhalte. Sie ist keine Regel, weil sie gerade nicht die gleichmäßige Behandlung aller gleichartigen Sachverhalte bewirkt.

Regelmäßig und ordentlich ist also ein Sachverhalt, der sich in Übereinstimmung mit der Regel befindet; außerordentlich¹³⁾ ist ein Sachverhalt, der zwar nicht der Regel gemäß gesetzt ist, jedoch trotzdem im Rahmen des jeweiligen Bezugssystems "gültig" ist, d.h. in jeder Weise so behandelt wird, als ob er in Übereinstimmung mit der Regel gesetzt sei.

Die Möglichkeit der im Rahmen des jeweiligen Bezugssystems gültigen Setzung wird dadurch geschaffen, daß ein mit gleicher Autorität wie die Regel ausgestatteter Satz die gültige Setzung des nicht-regelgemäßen Sachverhalts gestattet.

Wenn die Zuständigkeitsordnung daraufhin betrachtet werden soll, welcher ihrer Teile die "regelmäßige" Zuständigkeitsordnung bildet, d.h. sich in Übereinstimmung mit der Regel befindet, so muß diese Prüfung (zunächst) gesondert hinsichtlich der Zuständigkeitsnormen einerseits, des Inbegriffs der durch sie gewährten Zuständigkeiten andererseits erfolgen: Jeder dieser Komplexe bildet ein Bezugssystem in dem oben erwähnten Sinne. Der erste ist ein Komplex objektiver Normen, der zweite ein Komplex subjektiver Berechtigungen. Die innerhalb des jeweiligen Bezugssystems geltende Regel ist deshalb aus Gründen eines klaren methodischen Vorgehens und zwecks Vermeidung (sonst) möglicher Konfundierungen gesondert zu ermitteln. Allerdings kann bereits hier gesagt werden, daß die jeweils geltenden Regeln in engem Zusammenhang stehen müssen, weil die Zuständigkeiten ja durch das objektive Recht gewährt werden, folglich aber die über die Regelmäßigkeit der objektiven Norm entscheidende Regel zugleich auch über die Regelmäßigkeit der gewährten Zuständigkeit entscheidet.

¹³⁾ Der Ausdruck "regelwidrig" soll von hier ab möglichst vermieden werden, weil in ihm (unwillkürlich) der Begriff des "Unerlaubten" meist mitgedacht wird, während ein außerordentlicher Sachverhalt doch gerade ein (ausnahmsweise) erlaubter Sachverhalt ist.

Betrachtet man die Gesamtheit der objektivrechtlichen Zuständigkeitsnormen, so zeigt sich, daß diese denjenigen Regeln unterliegen, die für das gegenseitige Verhältnis zwischen Sätzen des objektiven Rechts gelten. Das folgt daraus, daß die objektivrechtliche Zuständigkeitsordnung Bestandteil der objektiven Rechtsordnung ist und ferner besondere, speziell auf das gegenseitige Verhältnis von Zuständigkeitsnormen bezogene Regeln nicht bestehen.

Insbesondere gelten also auch im Bereich der objektivrechtlichen Zuständigkeitsordnung der Satz des Vorrangs der ranghöheren vor der rangniederen Norm und der Satz des Vorrangs der jüngeren vor der älteren Norm.

Im Falle des Inhaltswiderspruchs zweier Zuständigkeitsnormen - das ist der Fall, wenn und insoweit derselbe Aufgabenbereich verschiedenen Hoheitsträgern oder verschiedenen Organen unter jeweils denselben Voraussetzungen anvertraut wird - gilt bei Rangverschiedenheit "regelmäßig" die ranghöhere, bei Ranggleichheit "regelmäßig" die jüngere Norm.

Die regelmäßige objektivrechtliche Zuständigkeitsordnung besteht mithin in der Gesamtheit derjenigen Zuständigkeitsnormen, die bezüglich der organisationsrechtlichen Regelung identisch ein und derselben Aufgabe die jeweils ranghöchsten und als solche jüngsten Normen sind.

Während diese regelmäßigen objektiven Zuständigkeitsnormen im Hinblick auf die Ermittlung des Begriffs der objektivrechtlichen regelmäßigen Zuständigkeitsordnung als "Sachverhalte" fungieren, deren Setzung in Übereinstimmung mit den für das Bezugssystem "objektives Recht" geltenden "Regeln" erfolgte und deshalb Grund ihrer "Regelmäßigkeit" ist, fungieren sie in bezug auf die Ermittlung des Begriffs der regelmäßigen Zuständigkeiten im Rahmen des Bezugssystems "durch das objektive Recht gewährte Zuständigkeiten" selbst als "Regeln", d.h. als mit der Autorität ihrer jeweiligen Normstufe versehene Rechtssätze. Die gemäß ihrer Anordnung begründete Zuständigkeit ist mithin die regelmäßige, ordentliche Zuständigkeit.

Die regelmäßige, ordentliche Zuständigkeitsordnung in diesem Sinne besteht also in dem Inbegriff aller auf denjenigen Zuständigkeitsnormen beruhenden Kompetenzen, die bezüglich der organisatorischen Regelung identisch ein und desselben Aufgabenbereiches die jeweils ranghöchsten und als solche jüngsten Zuständigkeitsnormen sind. Das bedeutet, daß die Anwendung des Begriffs der regelmäßigen Zuständigkeitsordnung - werde sie nun als Inbegriff der regelmäßigen Zuständigkeitsnormen oder als Inbegriff der regelmäßigen Zuständigkeiten verstanden - auf die angeführten Normen und die durch sie gewährten Zuständigkeiten sich dadurch rechtfertigt, daß die gewährenden Normen die jeweils stärksten sind. Der Begriff der "regelmäßigen" Zuständigkeitsordnung knüpft also nicht an den Inhalt der Zuständigkeitsnormen und weder an den Inhalt noch an die Zuordnung der Zuständigkeit, sondern allein an den Rang der zuständigkeitsgewährenden Normen an: Solange die gewährende Norm dem Bestande des objektiven Rechts angehört, kann ein anderer als der durch sie bewirkte Rechtszustand "regelmäßig" nicht bestehen. Dieser kann regelmäßig nur durch Aufhebung oder Ersetzung der zuständigkeitsgewährenden Norm herbeigeführt werden.

Die Aufhebung oder Ersetzung einer solchen regelmäßigen Zuständigkeitsnorm interessiert in diesem Zusammenhang aber nicht. Denn die Aufhebung oder Ersetzung einer Zuständigkeitsnorm vollzieht sich nach den oben erwähnten Regeln, d.h. entweder nach dem Satz des Vorrangs der ranghöheren vor der rangniedereren Norm oder nach dem Satz des Vorrangs der jüngeren vor der älteren Norm. Weil sich aber die Aufhebung und Ersetzung (auch) einer Zuständigkeitsnorm nach den erwähnten Regeln vollzieht, so folgt daraus, daß der dadurch geschaffene Zustand die (neue) regelmäßige Zuständigkeitsordnung darstellt. Die Aufhebung und insbesondere die Ersetzung einer Zuständigkeitsnorm hat deshalb mit der Problematik einer Delegation als der Begründung einer ausserordentlichen - d.h. zwar regelwidrig, aber gültig gesetzten Zuständigkeit - nichts zu tun.

Hier interessiert vielmehr die Erscheinung, daß sich eine rangniedere Norm (in den gewählten Beispielen die gemäß Artikel 60 Absatz 3 GG erlassene Delegationsanordnung des Bundespräsidenten bzw. ein gemäß Artikel 108 Absatz 3 Satz 4 GG erlassener Satz des Landesrechts) gegenüber Vorschriften des Grundgesetzes (Artikel 60 Absatz 2 GG bzw. Artikel 108 Absatz 3 Satz 1 GG) durchzusetzen, d.h. den grundgesetzlich bewirkten Rechtszustand abzuändern vermag.

Setzt sich eine rangniedere Norm gegenüber einer ihr inhaltlich widersprechenden ranghöheren Norm durch, so liegt in diesem Sachverhalt nicht eine - die Annahme der Setzung eines außerordentlichen Sachverhalts ausschließende - Änderung der regelmäßigen Zuständigkeitsordnung als solcher. Denn dieser Vorgang vollzieht sich gerade nicht nach der Regel des Vorrangs der ranghöheren Norm vor der rangniederen Norm. Es ist vielmehr die rangniedere Norm, die - a u s n a h m s w e i s e - vor der ranghöheren Norm gilt, die aber die ranghöhere Norm nur außer Anwendung zu setzen, nicht aber ihrer Qualität als Rechtsnorm zu entkleiden vermag. Sie kann dies deshalb nicht, weil dem Setzer der rangniederen Norm kraft des die Delegation gestattenden Satzes¹⁵⁾ zwar die Zuständigkeit zur regelwidrig gültigen Setzung der rangniederen Zuständigkeitsnorm als solche, nicht aber die Zuständigkeit zur Beseitigung der Rechtssatzqualität der ranghöheren Norm eignet. Diese steht vielmehr ausschließlich demjenigen Subjekt zu, das zur Aufhebung oder Ersetzung der ranghöheren Norm befugt ist, d.h. die Zuständigkeit zur regelmäßigen Veränderung der Zuständigkeitsordnung als solche besitzt.¹⁶⁾

Dieser Sachverhalt sei an einem Beispiel erläutert: Hebt der Bundespräsident die Anordnung, durch die er die Befugnis

¹⁵⁾ In den gewählten Beispielsfällen sind dies die Artikel 60 Absatz 3 und 108 Absatz 3 Satz 4 GG.

¹⁶⁾ Bezüglich der gewählten Beispiele ist dies der verfassungsändernde Gesetzgeber (Artikel 79 GG).

zur Ausübung des Begnadigungsrechts für den Bund gemäß Artikel 60 Absatz 3 GG anderen Behörden delegiert hatte, wieder auf, so bedarf es keines gesetzgeberischen Aktes, um dem Bundespräsidenten die Zuständigkeit zur Ausübung des Begnadigungsrechtes für den Bund (wieder) zu verleihen, wie dies der Fall sein würde, wenn die ausnahmsweise und regelwidrig gegenüber Artikel 60 Absatz 2 GG vorrangige Delegationsanordnung des Bundespräsidenten die Rechts-satzqualität dieses Artikels beseitigt hätte. Vom Zeitpunkt der Aufhebung der Delegations-Anordnung ab findet vielmehr Artikel 60 Absatz 2 GG wieder uneingeschränkte Anwendung, weil irgendwelche Rechtsetzungsakte des Bundespräsidenten als Akte eines zu Verfassungsänderungen nicht berufenen Organs Verfassungsrechtssätze nicht aufheben und nicht durch andere Sätze von Verfassungsqualität ersetzen können. Können sie aber Verfassungsnormen als solche weder aufheben noch ersetzen, jedoch in bestimmtem Umfange einen Rechtszu-stand herbeiführen, der von dem durch die Verfassung angeordneten Rechtszustand abweicht (vgl. Artikel 60 Absatz 3 GG), so können sie mithin nicht die Rechtssatzqualität ir-gendwelcher Verfassungsnormen beseitigen, sondern nur die Anwendbarkeit bestimmter Verfassungsnormen (hier: Artikel 60 Absatz 2 GG) für die Dauer und den sachlichen Umfang ihrer Geltung ausschließen. Entfällt diese, so findet die Verfas-sungsnorm wieder uneingeschränkte Anwendung.

Entsprechendes gilt für das Verhältnis zwischen einer rang-höheren und einer ihr widersprechenden, ausnahmsweise und regelwidrig geltenden Zuständigkeitsnorm überhaupt, also beispielsweise für das Verhältnis zwischen einer bundesge-setzlichen Zuständigkeitsnorm und einem delegierenden Lan-desgesetz.

Nur aus diesem Grunde - also nur, weil die ranghöhere Norm trotz Beseitigung ihrer Geltung im Wege ihrer Außer-Anwen-dung-Setzung qualitativ "Recht", und zwar gegenüber der de-legierenden Norm höherrangiges Recht, bleibt, damit aber die höherrangige und die delegierende Norm auch nach erfolg-

ter Delegation in bezug auf den durch sie angeordneten Rechtszustand und in bezug auf ihren Rang aneinander meßbar und miteinander vergleichbar bleiben - rechtfertigt sich die Aussage, die Delegation sei die Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit. Denn eine solche Aussage setzt die Feststellbarkeit der ordentlichen Zuständigkeit und damit die Möglichkeit der Ermittlung eines die ordentliche Kompetenz gewährenden **R e c h t s s a t z e s** logisch voraus.

Die durch die niederrangige delegierende Norm begründete Zuständigkeit ist nach dem bisher Gesagten eine außerordentliche Zuständigkeit, weil sie auf einem Rechtssatz beruht, der regelmäßig keine Geltung erlangen könnte, und weil infolgedessen dieser Rechtssatz einen Rechtszustand bewirkt, der von dem regelmäßig bewirkten Rechtszustand zwar abweicht, jedoch trotzdem "gilt". Wenn ausnahmsweise eine Norm gegenüber einer anderen höherrangigen Norm Geltung erlangen und einen von der Anordnung der ranghöheren Norm abweichenden Rechtszustand bewirken soll, so ist das gemäß den oben ¹⁷⁾ festgestellten strukturellen Merkmalen der Setzung eines außerordentlichen Sachverhalts nur möglich, sofern ein mit gleicher Autorität wie die Regel ausgestatteter Satz eine solche Ausnahme zuläßt, also in bezug auf das Bezugssystem "objektives Recht" bestimmt, welche niederrangigen Sätze der Regel des Vorrangs der ranghöheren Norm vor der rangniederen Norm nicht unterliegen sollen, und der in bezug auf das Bezugssystem "durch das objektive Recht gewährte Zuständigkeiten" anordnet, welche Subjekte ausnahmsweise den in der ranghöheren Norm bereits anderen Subjekten zugewiesenen Aufgabenbereich zuerkannt erhalten dürfen. Es sind also rein begrifflich zwei Bezüge der singulären Norm zu unterscheiden, die allerdings praktisch in ein und demselben Rechtssatz zusammenfallen: Der die Vornahme von Delegationen

¹⁷⁾ Vgl. oben S. 69f.

gestattende Satz wird - als Satz von mindestens¹⁸⁾ gleicher Autorität wie die Regel - von einem Autor gesetzt, dem auch die Zuständigkeit der Aufhebung oder Änderung der - die regelmäßige Zuständigkeit gewährenden - Regel eignet, d.h. zu dessen Disposition die die Regel bildende Zuständigkeitsnorm gestellt ist. Denn kann ein Subjekt die Rechts-satzqualität der Regel beseitigen, so kann es auch bestimmen, inwieweit die Regel keine Anwendung finden soll, d.h. in welchen Fällen der Vorrang der ranghöheren vor der rangniedereren Norm ausnahmsweise mit der Folge ausgeschlossen sein soll, daß anstelle der regelmäßig zuständigen Institution diejenige Institution zur Erfüllung bestimmter Aufgaben zuständig sein soll, die hierfür durch einen niederrangigen Satz bestimmt wird.

Eine Delegation hat mithin drei Voraussetzungen:

- 1) eine "Regelnorm", d.h. eine Norm, die ein bestimmtes Subjekt oder mehrere bestimmte Subjekte als Hoheits-träger oder als Organe zur Erfüllung bestimmter Aufgaben für zuständig erklärt, damit aber jedes denkbare andere Subjekt von der Erfüllung gerade dieser Aufgabe regelmäßig ausschließt;
- 2) eine singuläre Norm (im folgenden "Delegationsnorm") von mindestens dem Range der Regelnorm, die bestimmt, durch welche Rechtssätze der Satz des Vorrangs der ranghöheren vor der rangniedereren Norm ausnahmsweise durchbrochen und die Regelnorm außer Anwendung gesetzt werden kann, und welche Subjekte ausnahmsweise anstelle des durch die Regelnorm bestimmten Subjekts zur Erfüllung des in der Regelnorm organisatorisch

¹⁸⁾ Oben S. 70 ist zwar gesagt worden, daß der singuläre Satz von gleicher Autorität wie die Regel sein müsse. Dort konnte aber noch nicht darauf eingegangen werden, daß im Bereiche des objektiven Rechts verschiedenrangige Sätze bestehen und eine Regel nicht notwendig der absolut ranghöchste Satz sein muß, so daß also eine Ausnahme von der Regel zulassende Rechtsnorm auch einen höheren Rang als diese haben kann.

geregelten Aufgabenbereiches zuständig gemacht werden dürfen;

- 3) eine außerordentliche (im folgenden "delegierende") Norm, d.h. eine Norm von niedrigerem Rang als die Regelnorm und von der in der Delegationsnorm bezeichneten Art, die den in der Regelnorm organisatorisch geregelten Aufgabenbereich gemäß der Gestattung der Delegationsnorm anderen, d.h. durch die Regelnorm ausgeschlossenen, Subjekten zuweist.¹⁹⁾

Damit sind die Merkmale der Delegation bestimmt. Eine Delegation im Sinne des öffentlichen Rechts ist die Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit.²⁰⁾ Außerordentlich ist eine Zuständigkeit, wenn das Subjekt der kompetenzgewährenden Norm gemäß einer anderen und höherrangigen Zuständigkeitsnorm von der Erfüllung des jeweils betroffenen Aufgabenbereiches zugunsten anderer Subjekte (zwar) ausgeschlossen ist, die kompetenzgewährende Norm und damit die Zuständigkeit des begünstigten Subjekts aber kraft einer Norm von mindestens dem Range der höherrangigen Norm ausnahmsweise wirksam gesetzt sind. Kürzer: Außerordentlich ist eine Kompetenz, wenn die kompetenzgewährende Norm inhaltlich im Widerspruch zu einer Zuständigkeitsnorm höheren Ranges steht, jedoch ausnahmsweise kraft einer Norm vom Range

¹⁹⁾ Hinsichtlich der erörterten Beispiele sind also:

- 1) die Regelnorm: Art. 60 Abs. 2 bzw. Art. 108 Abs. 3 S. 1 GG;
- 2) die Delegationsnorm: Art. 60 Abs. 3 bzw. Art. 108 Abs. 3 S. 4 GG;
- 3) die delegierende Norm: eine Anordnung des Bundespräsidenten bzw. ein Satz des Landesrechts.

²⁰⁾ Diese Begriffsbestimmung entspricht etwa dem Begriff der Ermächtigung bei PETERS a.a.O. S. 840: Eine Ermächtigung sei "die Übertragung von Befugnissen, kraft deren ein Staatsorgan in eigenem Namen Maßnahmen treffen darf, die im Regelfall nach der Zuständigkeitsordnung einem anderen Machtträger zuständen."

mindestens dieser höheren Norm gilt.²¹⁾ 22)

5. Nach dem bisher Gesagten ist die Delegation die Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit, ersetzt also die bis zu ihrer Vornahme bezüglich eines bestimmten Aufgabenbereiches geltende Zuständigkeitsordnung (regelmäßige Zuständigkeitsordnung) durch eine andere (außerordentliche Zuständigkeitsordnung). In bezug auf die Delegation verfassungsgesetzlich normierter Zuständigkeiten verändert sie die bis dahin verfassungsgesetzlich bewirkte Zuständigkeitsordnung in einem außerordentlichen Verfahren. Sie ist ihrer Qualität nach zwar keine Verfassungsänderung²³⁾, wirkt aber so, als ob das zu Verfassungsänderungen berufene Organ die Verfassung selbst in entsprechender Hinsicht geändert, d.h. in dem für Verfassungsänderungen vorgeschriebenen Verfahren bestimmte Verfassungssätze durch andere Rechtssätze von Verfassungsqualität ersetzt hätte.

Eine Delegation ist aber - wenn auch nicht in ihrer praktischen Wirkung, wohl aber hinsichtlich ihrer juristischen Qualität - von einer Verfassungsänderung scharf zu unterscheiden. Eine Verfassungsänderung ändert das Verfassungsgesetz

²¹⁾ Zum Vergleich sei noch einmal die Definition TRIEPELS angeführt: "Unter Delegation im Sinne des öffentlichen Rechts verstehe ich den Rechtsakt, durch den der Inhaber einer staatlichen oder gemeindlichen Zuständigkeit, also der Staat, die Gemeinde selbst oder eines der Staats- oder Gemeindeorgane, seine Kompetenz ganz oder zum Teil auf ein anderes Subjekt überträgt. Delegation bedeutet Kompetenzverschiebung, und zwar enthält sie, im strengen Sinne genommen, gleichzeitig die Abschiebung und Zuschreibung einer Zuständigkeit, beides beruhend auf dem Willen dessen, der an Zuständigkeit verliert." (Delegation S. 23)

²²⁾ TRIEPEL sagt zwar auch, eine Delegation sei "eine Änderung der durch das objektive Recht festgesetzten Zuständigkeitsordnung", und insofern "selber Rechtsschöpfung", "Akt der Rechtsetzung" (Delegation S. 29), "eine Änderung der objektiven Rechtsordnung ... also selbst Rechtsetzung" (Delegation S. 88, ähnlich auch Delegation S. 110, 127 u.ö.); er behandelt aber das zentrale Problem der Delegation, die Ermöglichung der Geltung der delegierenden Norm gegenüber der Regelnorm, nur am Rande (vgl. Delegation S. 110f., und unten die §§ 17 und 18).

²³⁾ Vgl. dazu schon oben Ziff. 4, S. 73f.

als solches, eine Delegation hingegen vollzieht sich - da die die Delegation gestattende Norm selbst Bestandteil des Verfassungsgesetzes ist und mit gleicher Autorität wie die Regelnorm gilt - innerhalb der vorgegebenen verfassungsgesetzlichen Ordnung:

Die Verfassung stellt hinsichtlich der Erfüllung ein und derselben Aufgabe mehrere organisatorische Möglichkeiten zur Verfügung, von denen eine kraft verfassungsgesetzlicher Bestimmung - also regelmäßig - gilt, und überläßt es dem kraft der Delegationsnorm delegationsbefugten Organ, im Rahmen der durch die Delegationsnorm gegebenen Möglichkeiten und Voraussetzungen eine andere als die regelmäßige Zuständigkeit zu begründen.

Entsprechendes gilt für jede beliebige andere Delegation.²⁴⁾

6. Die Delegation verfassungsgesetzlich normierter Zuständigkeiten hat auch nicht die juristische Qualität einer Verfassungsdurchbrechung: Sie ist keine einzelfallmäßige oder befristete Abweichung von der verfassungsgesetzlich

²⁴⁾ Nur aus diesem Grunde - d.h. nur weil die Delegation die Regelnorm nicht ändert - kann z.B. ein einfaches Gesetz die Delegation der in ihm eingeräumten Zuständigkeiten gestatten: Ein solches Zuständigkeitsgesetz ist kraft der verfassungsgesetzlich eingeräumten Zuständigkeit des Gesetzgebers erlassen worden, die auch die Zuständigkeit zur Änderung der (bereits) kraft dieser Zuständigkeit erlassenen Organisationsgesetze umfaßt. Deshalb stünde - falls es sich bei einer Delegation um die Änderung der Regelnorm handelte - eine einfach-gesetzliche Norm, die die Delegation einer einfach-gesetzlich begründeten Zuständigkeit gestatten würde, im Widerspruch zu der Zuständigkeitsnorm der Verfassung, die der Legislative die Zuständigkeit zur organisatorischen Regelung des jeweils betroffenen Aufgabenbereiches zuweist. Eine Delegation ändert aber die gesetzliche Regelung nicht ab, sondern bewegt sich innerhalb der gesetzlichen Regelung, die mehrere organisatorische Möglichkeiten zur Verfügung stellt und die Wahl zwischen diesen dem delegationsbefugten Organ zuweist.

vorgeschriebenen Zuständigkeitsordnung. Die Delegation beseitigt in dem durch die delegierende Norm bestimmten Umfang die Anwendbarkeit und damit die Geltung der Regelnorm überhaupt. Sie durchbricht die Regelnorm nicht, sondern statuiert anstelle der durch die Regelnorm bewirkten Ordnung eine neue und in bezug auf ihre Geltung außerordentliche Ordnung.²⁵⁾ Enthält also eine Verfassung eine Delegationsnorm oder mehrere Delegationsnormen, so bedeutet das, daß Änderungen der verfassungsgesetzlich bewirkten Zuständigkeitsordnung nicht nur auf dem regelmäßigen Wege der Verfassungsänderung, sondern auch auf dem außerordentlichen Wege der Delegation möglich sind.

Delegation und Verfassungsdurchbrechung sind also zwei scharf voneinander zu trennende Sachverhalte: Die Delegation beseitigt eine bisher bestimmende Ordnung, die Verfassungsdurchbrechung ist eine einzelfallmäßige oder befristete Abweichung von einer bestimmten Ordnung.

TRIEPEL hat zwar gemeint, eine Delegation könne "vielleicht sogar nur für einen einzelnen Fall" erfolgen.²⁶⁾ Dem kann aber nicht zugestimmt werden. Das Wesen einer Zuständigkeitsordnung liegt - wie das Wesen einer Ordnung überhaupt - darin, daß bestimmte Materien anhand bestimmter Bewertungskriterien so geregelt werden, daß bei Befolgung der Regelung zu jedem beliebigen Zeitpunkt ein dem jeweiligen Bewertungskriterium entsprechender Zustand gegeben ist. Die Ordnung soll also einen bestimmten "werthaltigen" Zustand bewirken und kann ihre ordnende Funktion nur erfüllen, wenn sie, so wie sie gesetzt ist, ausnahmslos gilt.

Man wird deshalb sagen dürfen, daß selbst die ausdrückliche Gestattung einzelfallmäßiger oder befristeter Abweichungen von einer - ordentlichen oder außerordentlichen -

²⁵⁾ Einzelfallmäßig durchbrochen wird bei einer Delegation nicht die Zuständigkeitsordnung, sondern der Satz des Vorrangs der ranghöheren Norm vor der rangniederen.

²⁶⁾ Vgl. Delegation S. 94.

Zuständigkeitsregelung rechtsstaatlich gesehen sehr starken Bedenken unterliegt, weil sie dem durchbrechungsbefugten Organ die Möglichkeit gibt, mit Zuständigkeiten zu manipulieren, dadurch aber die Art und Weise der Erledigung konkret anstehender Fälle willkürlich zu beeinflussen.

Eine Delegation setzt an die Stelle der bis dahin geltenden Zuständigkeitsregelung (regelmäßige, ordentliche Zuständigkeitsregelung) eine andere Zuständigkeitsregelung (außerordentliche Zuständigkeitsregelung). Sie durchbricht nicht die regelmäßige Zuständigkeitsordnung, sondern setzt sie außer Anwendung, und sie gestattet als solche auch keine Durchbrechungen der außerordentlichen Zuständigkeitsordnung. Diese kann zwar aufgehoben oder - im Rahmen der durch die Delegationsnorm gewährten Möglichkeiten - als solche geändert, nicht aber - auch nicht durch das delegationsbefugte Organ - durchbrochen werden.

Ein Beispiel möge dies verdeutlichen:

Artikel 60 Absatz 3 GG gibt dem Bundespräsidenten die Befugnis, die ihm nach Artikel 60 Absatz 2 GG regelmäßig zustehende Befugnis zur Ausübung des Begnadigungsrechts des Bundes auf "andere Behörden" zu delegieren, d.h. außerordentliche Zuständigkeiten zur Ausübung des Begnadigungsrechts des Bundes zu begründen.

Der Bundespräsident kann also - wie geschehen - eine außerordentliche Zuständigkeit des Bundesministers der Justiz zur Ausübung des Begnadigungsrechts des Bundes in Strafsachen mit Ausnahme aller Fälle grundsätzlicher Art begründen.²⁷⁾ Damit wird eine neue und als solche außerordentliche Kompetenzordnung in bezug auf die Ausübung des Begnadigungsrechts des Bundes begründet. Der Bundespräsident kann diese außerordentliche Zuständigkeitsordnung als

²⁷⁾ Vgl. Art. 2 Abs. 2 und Art. 3 Ziff. 1 der AO v. 10. Dezember 1952 (BGBl. I S. 790).

solche auch aufheben oder ändern: Da der Bundespräsident delegieren kann, aber nicht zu delegieren braucht, obliegt es seiner Entscheidung, ob er das Begnadigungsrecht des Bundes selbst ausüben will, oder ob eine "andere Behörde" im Sinne des Artikels 60 Absatz 3 GG das Begnadigungsrecht des Bundes ausüben soll. An dieser Entscheidungsfreiheit ändert sich durch die Vornahme einer Delegation nichts. Deshalb kann der Bundespräsident eine Delegation durch Aufhebung der delegierenden Norm wieder rückgängig machen und dadurch selbst wieder zur Ausübung des Begnadigungsrechts des Bundes zuständig werden.²⁸⁾ Ferner obliegt es der Entscheidung des Bundespräsidenten, auf welche der "anderen Behörden" im Sinne des Artikels 60 Absatz 3 GG er die Zuständigkeit zur Ausübung des Begnadigungsrechts des Bundes delegieren will. An dieser Entscheidungsfreiheit ändert eine einmal vorgenommene Delegation nichts. Deshalb kann der Bundespräsident eine von ihm erlassene Delegationsanordnung auch ändern, d.h. anstelle der zunächst ermächtigten Stelle eine andere Stelle zur Ausübung des Begnadigungsrechts des Bundes ermächtigen, soweit er sich dabei im Rahmen der ihm durch Artikel 60 Absatz 3 GG gewährten Möglichkeiten hält, d.h. soweit er nur auf eine der "anderen Behörden" i.S. dieser Bestimmung delegiert.

Der Bundespräsident kann aber auf Grund des Artikels 60 Absatz 3 GG weder eine Begnadigungsbefugnis des Bundesministers der Justiz "für den Fall X" noch "für alle im Mai des Jahres Y anfallenden Strafsachen" begründen. Auch kann er nicht - nach einer wie beschrieben erfolgten Delegation - anordnen, daß er "selbst in dem keinen grundsätzlichen Fall darstellenden Fall X" oder "auch in allen, keine grundsätzlichen Fälle darstellenden und im Mai des Jahres Y anfallenden Strafsachen" Gnadenbefugnisse ausüben werde. Denn solche Anordnungen sind keine durch Delegationen

²⁸⁾ Vgl. dazu bereits oben Ziff. 4, S. 73f.

oder durch Aufhebungen bzw. Änderungen (bereits) erteilter Delegationen ergehenden, der Zuständigkeit des Bundespräsidenten gemäß Artikel 60 Absatz 3 GG unterfallenden Anordnungen. Es sind vielmehr Anordnungen, die - ordentliche bzw. außerordentliche, in jedem Falle aber - rechtswirksam gesetzte Zuständigkeiten durchbrechen.

Mit anderen Worten ausgedrückt: Der Bundespräsident darf zwar die Zuständigkeit zur Ausübung des Begnadigungsrechts des Bundes kraft und im Rahmen des Artikels 60 Absatz 3 GG regeln, d.h. außerordentliche diesbezügliche Zuständigkeiten begründen, durch andere ersetzen und aufheben, er darf aber nicht rechtswirksam bestehende - ordentliche oder außerordentliche - Zuständigkeiten durchbrechen und dadurch die Zuständigkeitsordnung ad absurdum führen.

Entsprechendes gilt für jede beliebige andere Delegation und für jedes beliebige delegationsbefugte Organ als solches.

7. Es hat sich gezeigt, daß die von TRIEPEL als (echte) Delegationen gemeinten - und hier bisher ausschließlich analysierten²⁹⁾ - Sachverhalte nicht die Struktur einer Rechtsübertragung, sondern diejenige der Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit in dem dargelegten Sinne aufweisen. Damit stellt sich die Frage, ob bestimmte, den von TRIEPEL als (echte) Delegationen gemeinten Sachverhalten eignende und von TRIEPEL als spezifische Merkmale der (echten) Delegation angesehene Merkmale auch unter den hier vertretenen begrifflichen Voraussetzungen als solche spezifischen Merkmale bewertet werden können.

Es handelt sich dabei einmal um den angeblich bei einer Delegation notwendig auftretenden Verlust einer Zuständigkeit des delegierenden Subjekts³⁰⁾, zum zweiten um die

²⁹⁾ Vgl. zu den dafür maßgeblichen Gründen oben F.17 zur Einl., S.7.

³⁰⁾ Vgl. Delegation S. 23: Delegation bedeute "im strengen Sinne genommen, gleichzeitig Abschiebung und Zuschiebung einer Zuständigkeit."

angeblich notwendige Identität des Verlierersubjekts mit dem Handlungssubjekt einer Delegation³¹⁾, bzw. - i.S. des hier vertretenen Delegationsbegriffs ausgedrückt - um die angeblich notwendige Identität des Autors der delegierenden Norm mit dem Inhaber der ordentlichen Zuständigkeit.

Erweist sich eines oder jedes der beiden Merkmale als nicht-spezifisches Merkmal einer Delegation, so bedeutet dies, daß diese Untersuchung nicht nur die von TRIEPEL als (echte) Delegationen gemeinten Sachverhalte als Sachverhalte von anderer als der von TRIEPEL angenommenen Struktur ansieht, sondern auch andere - von TRIEPEL als Nicht-Delegationen bzw. als "unechte" Delegationen gemeinte - Sachverhalte als spezifische Delegationen bewertet. Solchenfalls würde sich ergeben, daß die Klasse des hier vertretenen Delegationsbegriffs von der Klasse des Delegationsbegriffs TRIEPELS verschieden ist. Ob und inwieweit das der Fall ist, soll nunmehr untersucht werden.³²⁾

§ 14: Der Kompetenzverlust des Inhabers der ordentlichen Zuständigkeit als nicht-spezifisches Merkmal einer Delegation

1. TRIEPEL hat angenommen, eine Delegation bedeute "im strengen Sinne genommen, gleichzeitig Abschiebung und Zuschiebung einer Zuständigkeit."¹⁾ Wenn man diese Auffassung auch unter den Voraussetzungen des hier vertretenen Delegationsbegriffs aufrechterhalten wollte, so hieße das, daß eine Delegation nur dann vorläge, sofern gleichzeitig mit der Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit das Erlöschen der ordentlichen Zuständigkeit bewirkt würde.

³¹⁾ Vgl. Delegation S. 23: Die Kompetenzverschiebung beruhe "auf dem Willen dessen, der an Zuständigkeit verliert."

³²⁾ Vgl. unten die §§ 14 und 15.

¹⁾ Vgl. Delegation S. 23.

Für eine solche Annahme bleibt unter den hier vertretenen begrifflichen Voraussetzungen kein Raum.

2. Die delegierte Zuständigkeit ist unabhängig davon, ob die regelmäßige, ordentliche Zuständigkeit (daneben) bestehen bleibt oder erlischt, unabhängig davon, ob der Inhaber der ordentlichen Zuständigkeit diese Kompetenz oder nur die "Ausschließlichkeit" dieser Kompetenz²⁾ verliert, eine außerordentliche Zuständigkeit in dem angegebenen Sinne, weil sie durch eine ausnahmsweise regelwidrig geltende Zuständigkeitsnorm begründet worden ist.³⁾

Es ist also auch die von TRIEPEL so genannte "konservierende" oder "konkurrenzschaffende" Delegation keine "unechte", sondern eine "echte" Delegation.⁴⁾ ⁵⁾

2) Vgl. Delegation S. 54.

3) Vgl. dazu bereits oben § 11 Ziff. 3, S. 59f.

4) Vgl. dazu Delegation S. 54.

5) Vgl. dazu PETERS a.a.O. S. 841: "Rechtsgrund der Ermächtigung ist vielfach eine Delegation, doch muß dieses Wort im weitesten Sinne verstanden und darf nicht etwa auf die von Triepel so genannte echte Delegation beschränkt werden, bei der der Delegierte seine eigene Zuständigkeit verliert. Gerade die Form der sogenannten konservierenden, unechten Delegation im triepelschen Sinne, bei der der ursprüngliche Machtträger wie der Delegat nebeneinander zuständig sind, kommt bei der Ermächtigung vor." Die Stelle besagt, daß die TRIEPELSche Unterscheidung zwischen der echten (devolvierenden) und der unechten (jedenfalls in der Form der konservierenden) Delegation und die darin liegende, durch den Ausdruck "Delegation" terminologisch verschleierte Scheidelinie zwischen Delegation und Nicht-Delegation unzutreffend ist, weil sowohl die devolvierende wie die konservierende Delegation dieselbe juristische Qualität (in der Terminologie PETERS' die Qualität einer "Ermächtigung", in der hier verwendeten Terminologie die Qualität einer "Delegation") haben. Folglich sind beide - i.S. einer Unterscheidung zwischen "echten" und "unechten" Delegationen bzw. Ermächtigungen gesprochen - "echte" Delegationen bzw. Ermächtigungen.

3. Daraus ergibt sich: In allen Fällen, in denen Delegationen - in der üblichen verwirrenden Metapher gesprochen: "Übertragungen" - von Zuständigkeiten zulässig sind, deckt die Metapher "übertragen"⁶⁾ sowohl Delegationen, infolge derer die ordentliche Zuständigkeit erlischt⁷⁾, als auch Delegationen, kraft derer die ordentliche Zuständigkeit mit der außerordentlichen Zuständigkeit konkurriert⁸⁾.

In allen Fällen, in denen das Grundgesetz "Übertragungen" von Zuständigkeiten gestattet, sind mithin beide Delegationsarten wahlweise zulässig.

§ 15: Die Identität des Inhabers der ordentlichen Zuständigkeit mit dem Autor der delegierenden Norm als nicht-spezifisches Merkmal einer Delegation

1. Weiterhin ist es kein für die Delegation wesentliches Merkmal, daß die "Kompetenzverschiebung" - wie von TRIEPEL angenommen - gerade "auf dem Willen dessen (beruht), der an Zuständigkeit verliert."¹⁾

Sofern nur die Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit vorliegt, hat der betreffende Sachverhalt die juristische Qualität einer Delegation, unabhängig davon, welchem Subjekt der Delegationsakt zuzurechnen ist.

Die von TRIEPEL als begriffsnotwendig angenommene Identität des Verlierersubjekts mit dem Handlungssubjekt - d.h. i.S. des hier vertretenen Delegationsbegriffs: die Identität des Inhabers der ordentlichen Zuständigkeit mit dem Autor der delegierenden Norm - ist demgemäß kein spezifisches Merkmal einer Delegation.

⁶⁾ So z.B. in den bisher betrachteten Fällen der Artikel 60 Absatz 3 und 108 Absatz 3 Satz 4 GG.

⁷⁾ Das ist der Fall, wenn die delegierende Norm die Regelnorm in vollem Umfang außer Anwendung setzt.

⁸⁾ Vgl. dazu, daß aber aus rechtsstaatlichen Gründen keine kumulative, sondern nur eine alternative Konkurrenz der ordentlichen mit der außerordentlichen Zuständigkeit zulässig ist, unten § 27 Ziffer 3.

¹⁾ Vgl. Delegation S. 23.

2. Ein Beispiel dafür bietet die Begründung bestimmter Zuständigkeiten von Bundesoberbehörden bzw. des Bundesausgleichsamts gemäß Artikel 87 b Absatz 2 Satz 2 Halbsatz 1 GG bzw. gemäß Artikel 120 a Absatz 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG. Gemäß Artikel 85 Absatz 2 Sätze 1 und 2 GG hat die Bundesregierung, gemäß Artikel 85 Absatz 3 Satz 1 GG haben die jeweils zuständigen obersten Bundesbehörden in den Fällen, in denen die Länder Bundesgesetze im Auftrage des Bundes ausführen, die Zuständigkeit zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungs- und Ausbildungsvorschriften (Bundesregierung), bzw. zum Erlaß von Weisungen (oberste Bundesbehörden). Bezüglich der erwähnten Aufgabenbereiche begründet das Grundgesetz keine sonstigen Zuständigkeiten. Die erwähnten Zuständigkeiten sind mithin regelmäßige, ordentliche und als solche ausschließliche Zuständigkeiten.

Wird also gemäß Artikel 87 b Absatz 2 Satz 2 Halbsatz 1 GG bzw. gemäß Artikel 120 a Absatz 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG durch e i n f a c h e s zustimmungsbedürftiges Bundesgesetz die Zuständigkeit von Bundesoberbehörden bzw. des Bundesausgleichsamts zum Erlaß von allgemeinen Verwaltungs- und Ausbildungsvorschriften bzw. zum Erlaß von Weisungen begründet und also durch einfaches Bundesgesetz die grundgesetzlich bewirkte Zuständigkeitsordnung verändert, so sind folglich die solcherweise begründeten Zuständigkeiten "außerordentliche" Zuständigkeiten in dem dargelegten Sinne. Im Sinne TRIEPPELs läge in diesen Fällen keine Delegation vor, weil nicht das an Zuständigkeit verlierende Subjekt - die Bundesregierung bzw. die regelmäßig zuständige oberste Bundesbehörde - die Delegation vornimmt, diese vielmehr kraft (einfachen) Gesetzes bewirkt wird.²⁾

²⁾ Vgl. Delegation S. 61: "Wirklich delegieren kann ein Gesetzgeber nur die Zuständigkeit zur Gesetzgebung. Es ist also keine Delegation, wenn er einem Staatsorgan Funktionen völlig anderer Natur, Verwaltungs- oder richterliche Aufgaben zuweist. Will man überhaupt ... den Ausdruck Delegation für Vorgänge dieser Art beibehalten, so sollte man ihn ... von der echten Delegation abheben und ihn zuweisende oder geschäftsverteilende Delegation nennen."

Vom Standpunkt des hier vertretenen Delegationsbegriffs aus besteht jedoch keine Veranlassung, den Delegationsbegriff in dem von TRIEPEL gewünschten Sinne einzuengen, weil es strukturell gleichgültig ist, welchem Subjekt der Akt der Setzung einer außerordentlichen Zuständigkeit zuzurechnen ist:

Eine Delegation besteht in der ausnahmsweise gestatteten regelwidrigen Veränderung der Zuständigkeitsordnung. Eine solche regelwidrige Derogation z.B. der Artikel 85 Absatz 2 Sätze 1 und 2, 85 Absatz 3 Satz 1 GG liegt in a l - l e n Fällen vor, in denen die durch die genannten Vorschriften bewirkte Zuständigkeitsordnung nicht im Wege der Verfassungsänderung (nach Artikel 79 GG), sondern durch einen Rechtsetzungsakt verändert wird, der regelmäßig Verfassungsvorschriften nicht derogieren und demgemäß eine Veränderung des verfassungsgesetzlich bewirkten Rechtszustandes regelmäßig nicht herbeiführen kann. Ein solcher Rechtsetzungsakt ist aber der Erlaß eines einfachen zustimmungsbedürftigen Bundesgesetzes nach Artikel 87 b Absatz 2 Satz 2 Halbsatz 1 GG bzw. nach Artikel 120 a Absatz 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG.³⁾

3. Der Ansicht TRIEPELS, der Gesetzgeber könne andere als gesetzgeberische Zuständigkeiten nicht delegieren, kann deshalb nicht zugestimmt werden.

Soweit durch einfaches Gesetz ein Subjekt eine Aufgabe zugesprochen erhält, die kraft verfassungsgesetzlicher Bestimmung einem anderen Subjekt zukommt, liegt - sofern das Gesetz kraft diesbezüglicher verfassungsgesetzlicher

³⁾ Deshalb unrichtig auch KUHNE, a.a.O. S. 7: Nur im Falle der "Delegation des Gesetzgebungsrechts durch den Gesetzgeber" werde die Delegation durch ein Gesetz im formellen Sinne bewirkt. Vgl. dort auch S. 40: "Da das delegierende Organ dem organisatorischen Differenzierungsprozeß seine eigene Kompetenz unterwirft, läuft die Delegation auf eine Selbstbeschränkung des Organs hinaus ..." (Hervorhebung vom Verfasser).

Gestattung ausnahmsweise regelwidrig gilt - die Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit, d.h. eine Delegation vor.

Freilich hat TRIEPEL im Ergebnis recht, wenn er meint, daß im Falle des § 50 des Postgesetzes vom 28. Oktober 1871⁴⁾, der den nach Artikel 50 Absatz 2 RV 1871 dem Kaiser zukommenden Erlaß des Postreglements dem Reichskanzler zuwies, keine Delegation vorliege, und man den "Ausdruck 'Delegation' hier besser vermeiden" solle.⁵⁾

Aber der Grund dafür liegt nicht darin, daß die "Übertragung" der Zuständigkeit zum Erlaß des Postreglements vom Kaiser auf den Reichskanzler nicht durch das Verliererssubjekt - den Kaiser - , sondern durch ein drittes Subjekt - den Gesetzgeber - vorgenommen wurde. Er liegt vielmehr darin, daß der § 50 des Postgesetzes vom 28. Oktober 1871 die Erfordernisse eines verfassungsändernden Gesetzes gemäß Artikel 78 Absatz 1 RV 1871 erfüllte. Die Bestimmung änderte damit die regelmäßige Zuständigkeitsordnung als solche und begründete mithin eine neue regelmäßige Zuständigkeit zum Erlaß des Postreglements.⁶⁾

4) RGBL. S. 347.

5) Vgl. dazu Delegation S. 64, sowie den oben Fußnote 7 zu § 13, S. 66 erwähnten Fall.

6) Für TRIEPEL (vgl. Delegation, Fußnote 45 zu S. 64) ist das freilich unerheblich, weil nach seiner Auffassung eine Delegation nur vorgelegen hätte, wenn der Kaiser - als Verliererssubjekt - durch kaiserliche Verordnung dem Reichskanzler die Zuständigkeit zum Erlaß des Postreglements "übertragen" hätte. Vom Standpunkt TRIEPELS aus konnte die Begründung dieser Kompetenz durch Reichsgesetz - weil nicht vom Verliererssubjekt, sondern von einem Dritten vorgenommen - keine Delegation sein. Deshalb ist es für ihn gleichgültig, ob die durch einen Dritten vorgenommene "Kompetenzverschiebung" eine Verfassungsänderung ist oder nicht. Vom Standpunkt der hier vertretenen Auffassung aus ist aber eine Delegation auch anderer als legislatorischer Zuständigkeiten durch den einfachen Gesetzgeber denkbar (vgl. oben Ziff. 1 u. 2), andererseits aber eine Verfassungsänderung keine Delegation (vgl. oben § 13 Ziff. 5).

Artikel 78 Absatz 1 der Reichsverfassung von 1871 gestattete Verfassungsänderungen auch ohne ausdrückliche Änderungen des Wortlauts der Verfassungsurkunde, sofern im Bundesrat nicht mindestens 14 Stimmen gegen die Vorlage abgegeben wurden. Wenn auch die Staatsrechtslehre der damaligen Zeit auf dem Standpunkt stand, daß korrekterweise ein gemäß Artikel 78 Absatz 1 RV 1871 beschlossener und einen bis dahin geltenden Satz der Reichsverfassung ersetzender Satz auch in den Wortlaut der Verfassungsurkunde aufgenommen, d.h. der Wortlaut der Verfassungsurkunde dementsprechend verändert, werden sollte⁷⁾, so war doch durchaus herrschende Lehre, daß eine rechtswirksame Verfassungsänderung auch ohne ausdrückliche Änderung des Wortlauts der Verfassungsurkunde vorliege, sofern nur die in Artikel 78 Absatz 1 der Reichsverfassung von 1871 genannten Erfordernisse erfüllt seien.⁸⁾

Der § 50 des Postgesetzes vom 26. Oktober 1871 war unter Beachtung dieser Bestimmung erlassen worden.⁹⁾

Er änderte deshalb nach dem Satze des Vorrangs der jüngeren vor der älteren Norm den Artikel 50 Absatz 2 der Reichsverfassung von 1871 ab und begründete mithin die Zuständigkeit des Reichskanzlers zum Erlaß des Postreglements als neue regelmäßige Kompetenz.

D e s h a l b - nicht aber, weil nicht der Kaiser als Verlierersubjekt sondern ein Dritter Handlungssubjekt der "Übertragung" ist - liegt im Falle des § 50 des Postgesetzes vom 26. Oktober 1871 keine Delegation vor.

4. Wenn die Identität des Inhabers der ordentlichen Zuständigkeit mit dem Autor der delegierenden Norm kein

⁷⁾ Vgl. LABAND, Deutsches Staatsrecht⁵ II, S. 39 und MEYER-ANSCHÜTZ, a.a.O. S. 689.

⁸⁾ Vgl. etwa LABAND, Deutsches Staatsrecht⁵ II, S. 40; MEYER-ANSCHÜTZ, a.a.O. S. 690 und Fußnote 3 dazu.

⁹⁾ Vgl. LABAND, Deutsches Staatsrecht⁵ II, S. 41 und Fußnote 2 dazu.

spezifisches Merkmal der Delegation ist, so folgt daraus, daß der Satz "nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet" im Bereiche des Delegationsthemas keine Anwendung finden kann.^{10) 11)}

Ferner wirft die Tatsache, daß der Inhaber der ordentlichen Zuständigkeit nicht notwendig mit dem Autor der delegierenden Norm identisch ist, ein Licht auf die Struktur der sogenannten Subdelegation, d.h. auf die (Weiter-)Delegation einer bereits delegierten Zuständigkeit durch den Delegatar (Subdeleganten).

Ist nämlich die Identität des Inhabers der ordentlichen Zuständigkeit mit dem Setzer der delegierenden Norm kein notwendiges Merkmal der Delegation, so läßt sich bereits an dieser Stelle sagen, daß die Subdelegation der (Erst-)Delegation strukturell gleich ist. Die Bezeichnung "Subdelegation" ist mehr verwirrend als klärend, weil die Nicht-Identität des Inhabers der ordentlichen Zuständigkeit mit dem Autor der delegierenden Norm - so wie sie bei einer Subdelegation gegeben ist - eben nicht ihre begriffliche Unterscheidung von der (Erst-)Delegation fordert. Dieser Sachverhalt wird aber noch genauer zu betrachten sein.¹²⁾

¹⁰⁾ Es könnte sich dabei ohnehin nur um eine entsprechende Anwendung handeln, weil eine Delegation eben kein "transferre" ist. Vgl. dazu auch oben § 2 Ziff. 4.

¹¹⁾ So darf bei der Beurteilung der Frage, ob durch Bundesgesetz gem. Art. 24 Abs. 1 GG auch Hoheitsrechte der Länder "übertragen" werden dürfen, der angeführte Satz nicht zur Begründung der Annahme herangezogen werden, der Bund dürfe nur Hoheitsrechte des Bundes "übertragen".

¹²⁾ Vgl. unten die §§ 28 - 30.

2. Kapitel: Die Zulässigkeitsvoraussetzungen von Delegationen

§ 16: Die Delegationsnorm als Zuständigkeitsnorm

Der Umstand, daß eine Delegation nur möglich ist, sofern eine Norm mindestens vom Range der Regelnorm die regelwidrige Geltung des delegierenden Rechtssatzes bewirkt, lenkt die Aufmerksamkeit auf eine weitere Eigenschaft der Delegationsnorm. Die Delegationsnorm ist selbst eine Zuständigkeitsnorm: Sie begründet die Zuständigkeit des Deleganten zur außerordentlichen Regelung der Zuständigkeitsordnung. Damit fragt sich, unter welchen Voraussetzungen die Geltung einer solchen - der Regelnorm mindestens gleichrangigen - Zuständigkeitsnorm angenommen werden kann.

Keine Schwierigkeiten ergeben sich bei Normen, die zur außerordentlichen Regelung der Zuständigkeitsordnung ermächtigen und deren Setzer nach der geltenden Zuständigkeitsordnung zur Disposition über die Regelnorm ¹⁾ ²⁾ oder zur Disposition über diejenige Norm befugt ist, aus der das zur Disposition über die Regelnorm befugte Organ seine Zuständigkeit herleitet ³⁾. In diesen Fällen liegen eindeutig der Regelnorm gleichrangige oder dieser gegenüber höherrangige Normen vor, die Zuständigkeiten zur Vornahme von Delegationen besonders einräumen.

TRIEPEL erwähnt solche besonderen Delegationsnormen als Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Vornahme von Dele-

¹⁾ Das ist in aller Regel - aber nicht notwendig - der Setzer der Regelnorm.

²⁾ In diesem Falle ist die Delegationsnorm der Regelnorm gleichrangig.

³⁾ In diesem Fall hat die Delegationsnorm höheren Rang als die Regelnorm, weil das zur Disposition über die Regelnorm befugte Organ über die Delegationsnorm nicht verfügen kann.

gationen nicht.⁴⁾ Allerdings wird man hieraus nicht schließen dürfen, daß er die Setzung solcher besonderer Delegationsnormen für rechtlich nicht möglich oder unzulässig hielte. Aber sein Interesse richtet sich - anscheinend deswegen, weil Delegationsnormen verhältnismäßig selten eindeutig nachweisbar sind - auf die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen auch ohne den Nachweis einer besonders gesetzten Delegationsnorm Delegationen zulässig sein könnten. Er ist insoweit der Auffassung, es bestehe ein allgemeiner ungeschriebener Rechtssatz, nach dem den verfassungsgesetzlich konstituierten Staatsorganen die Delegation der ihnen eingeräumten Zuständigkeiten gestattet sei, sofern nicht die Verfassung in erkennbarer Weise auf die "persönliche Ausübung der Zuständigkeit durch ihren Inhaber" Wert lege.⁵⁾ Ferner ist er der Ansicht, daß außerdem durch die Vornahme prästendierter und intendierter Delegationsakte Delegationszuständigkeiten kraft Gewohnheitsrechts begründet werden könnten.⁶⁾ Diese Annahmen sollen nunmehr untersucht werden.

§ 17: Die doppelte Wurzel der Lehre von den Zulässigkeitsvoraussetzungen bei TRIEPEL

1. TRIEPEL hat die Tatsache, daß sich das Problem der Zulässigkeit von Delegationen spezifisch als Zuständigkeitsproblem stellt, durchaus erkannt, wenngleich er es unter den Voraussetzungen seines Delegationsbegriffs nur ganz allgemein zu formulieren vermag: Die "Rechtsübertra-

4) TRIEPEL spricht von einer "generellen" Delegationserlaubnis (Delegation S. 111). Welche Bedeutung der Ausdruck "generell" in diesem Zusammenhang haben soll, hat sich nicht feststellen lassen.

5) Delegation S. 112 und S. 114.

6) Delegation S. 112 i.V. mit S. 110f. und S. 120 Abs. 1.

gung" sei "Gegenstand eines besonderen Rechts, das dem Inhaber eines Rechtes fehlen oder gegeben sein kann."¹⁾

Unproblematisch sind für ihn die Fälle, in denen das geschriebene Recht Delegationen "generell" erlaubt oder "generell" verbietet.²⁾ Sofern es "im geschriebenen Rechte sowohl an einem generellen Delegationsverbote wie an einer generellen Delegationserlaubnis" fehle, sei eine Delegation der Zuständigkeiten der mittelbaren - d.h. der nicht durch die Verfassung konstituierten - Staatsorgane ausgeschlossen.³⁾ Dagegen könne in diesen Fällen eine Delegationsbefugnis der unmittelbaren - d.h. der verfassungsgesetzlich konstituierten - Staatsorgane unter Umständen aus einer "Norm des ungeschriebenen Rechts" hergeleitet werden.⁴⁾

Damit⁵⁾ stellt sich für TRIEPEL die Frage nach den Gel-
tungsbedingungen und der Rechtsquellenart dieser un-
geschriebenen Delegationsnorm.

Entsprechend den mehrdeutigen Grundlagen seines Dele-
gationsbegriffs⁶⁾ gibt TRIEPEL zwei verschiedene Antworten
auf diese Frage. Insoweit er die Delegation als Zuständig-
keitsübertragung ansieht, soll sich die Delegationszustän-
digkeit unmittelbar aus einem ungeschriebenen Satz des
Verfassungsrechts ableiten lassen⁷⁾; soweit TRIEPEL

1) Delegation S. 109.

2) Delegation S. 111.

3) Delegation S. 111f.

4) Delegation S. 111.

5) Eine nähere Untersuchung und Kritik der vorstehend an-
geführten Problemformulierung TRIEPELS erscheint ent-
behrlich, da die von TRIEPEL vertretenen Ergebnisse
auch bei Annahme seiner Problemformulierung nicht halt-
bar erscheinen.

6) Vgl. oben § 2.

7) Vgl. unten Ziff. 2.

das Wesen der Delegation in der Veränderung der bislang geltenden Zuständigkeitsordnung erblickt, soll die Setzung prästendierter und intendierter Delegationsakte durch den potentiellen Deleganten zur Entstehung einer gewohnheitsrechtlichen Zuständigkeitsnorm von Verfassungsrang führen können⁸⁾.

2. TRIEPEL meint zunächst, eine Delegation verfassungsgesetzlich eingeräumter Zuständigkeiten sei "nur dann erlaubt, wenn, und nur erlaubt insoweit, als die Rechtsordnung nicht in erkennbarer Weise auf die Ausübung der Zuständigkeit durch ihren Inhaber Wert legt. Sie ist verboten, wenn und soweit die Verfassung erkennen läßt, daß diese Kompetenz oder dieser Teil einer Kompetenz gerade von diesem Inhaber aus persönlichen oder sachlichen Gründen selbst ausgeübt werden muß."⁹⁾

Hiernach bedarf es des Nachweises einer besonderen Delegationsnorm nicht. Die Auffassung TRIEPELS läßt sich vielmehr nur dahin deuten, daß aus jeder Verfassung ein ungeschriebener Satz ableitbar sei, der die "Übertragung" jeder beliebigen verfassungsgesetzlich eingeräumten Zuständigkeit gestatte, sofern diese nicht als "höchstpersönliche" Zuständigkeit angesehen werden müsse. Diese Annahme beruht offensichtlich auf der Voraussetzung, daß es sich bei einer Delegation um die Übertragung einer Zuständigkeit handle; denn nur unter dieser Voraussetzung wird der Unterschied zwischen "höchstpersönlichen" und "nicht-höchstpersönlichen" Berechtigungen in der Weise erheblich, daß nur die Übertragung "nicht-höchstpersönlicher" Berechtigungen **b e g r i f f l i c h** möglich ist. Gleichwohl erscheint die Ansicht TRIEPELS nicht schlüssig. Denn aus der Annahme, daß die Übertragung "nicht-höchstpersönlicher" Berechtigungen **b e g r i f f -**

⁸⁾ Vgl. unten Ziff. 3.

⁹⁾ Delegation S. 114. Es sei allerdings von vornherein anzunehmen, daß im Zweifel den höchsten Staatsorganen eine Delegation ihrer Kompetenzen nicht gestattet sei (Delegation S. 112; vgl. auch Verhandlungen S. 21).

l i c h möglich sei, folgt nicht, daß eine Übertragung auch r e c h t l i c h zulässig und wirksam sei.¹⁰⁾

Entscheidend steht der angeführten Auffassung aber der Umstand entgegen, daß die Delegation "eine Änderung der durch das objektive Recht festgesetzten Zuständigkeitsordnung", also "selber Rechtsschöpfung" und "Akt der Rechtsetzung" ist.¹¹⁾ Denn bei Berücksichtigung dieses Umstandes folgt aus der Annahme, eine Delegation verfassungsgesetzlich begründeter Zuständigkeiten sei zulässig, sofern die Verfassung nicht in erkennbarer Weise auf die Ausübung einer solchen Zuständigkeit durch ihren Inhaber Wert lege, nur, daß eine Veränderung der verfassungsgesetzlich bewirkten Organisation zulässig, nicht aber, welches Organ zur Herbeiführung dieser Veränderung zuständig ist. Hierüber kann Auskunft nur die verfassungsgesetzliche Zuständigkeitsordnung selbst geben. Diese Auskunft geht bei Fehlen eines Delegationsverbotes wie einer Delegationserlaubnis¹²⁾ gerade dahin, daß zur Veränderung der verfassungsgesetzlich bewirkten Organisation a u s s c h l i e ß l i c h das zur Vornahme von Verfassungsänderungen berufene Organ zuständig ist. Damit erweist sich die These TRIEPELS, eine Delegation sei erlaubt, sofern nicht die Verfassung in erkennbarer Weise auf die Ausübung einer Zuständigkeit durch ihren Inhaber Wert lege, als petitio principii.

3. Die soeben erörterte Annahme wird auch von TRIEPEL stillschweigend preisgegeben, sobald er den Umstand, daß es sich bei der Delegation verfassungsgesetzlich normier-

¹⁰⁾ So folgt z.B. die Zulässigkeit und Wirksamkeit der Übertragung zivilrechtlicher Berechtigungen nicht aus dem Begriff der Rechtsübertragung, sondern ergibt sich aus besonderen Rechtssätzen (§§ 398, 413 BGB).

¹¹⁾ Vgl. Delegation S. 29.

¹²⁾ Nur für diesen Fall soll die hier behandelte These TRIEPELS gelten; vgl. oben Ziff. 1.

ter Zuständigkeiten um eine Veränderung der verfassungsgesetzlichen Zuständigkeitsordnung handelt, in die Betrachtung einbezieht. Wenn er in Berücksichtigung dieses Umstandes sagt, in aller Regel könne ein Staatsorgan Rechtssätze nicht ändern, die einer höheren Rechtsquelle als derjenigen entstammten, die dieses Staatsorgan zu setzen imstande sei¹³⁾, so steht dieser Satz nicht nur im Widerspruch zu der Annahme, eine Delegation verfassungsgesetzlich eingeräumter Zuständigkeiten sei zulässig, sofern nicht die Verfassung erkennbar auf die Ausübung einer Zuständigkeit durch ihren Inhaber Wert lege, sondern nötigt gleichzeitig zum Nachweis eines besonderen, die Delegationszuständigkeit begründenden Rechtssatzes von Verfassungsrang. Denn nur ein solcher Rechtssatz vermag die Geltung der delegierenden Norm gegenüber und vor den Zuständigkeitsnormen der Verfassung herbeizuführen. Insoweit soll nach TRIEPEL "die unter dem Drucke der Notwendigkeit ... erfolgte Entstehung eines Gewohnheitsrechts"¹⁴⁾, also die gewohnheitsrechtliche Bildung einer Delegationsnorm von Verfassungsrang, möglich sein.

§ 18: Die Unzulässigkeit der Annahme gewohnheitsrechtlich begründeter Delegationsnormen

1. Von den beiden gegensätzlichen Thesen TRIEPELS über die Zulässigkeit nicht besonders gestatteter Delegationen bedarf allein die Annahme, Delegationszuständigkeiten könnten auch gewohnheitsrechtlich begründet werden, der näheren Prüfung. Hierzu zwingen insbesondere die weittragenden - von TRIEPEL infolge der Unklarheiten seines Delegationsbegriffs und infolge der von ihm nicht näher begründeten Einschränkungen des Gewohnheitsrechts-Arguments nicht gewürdigten - Folgen dieser Annahme. Hält man nämlich die Bildung gewohnheitsrechtlicher Delegationsnormen

¹³⁾ Delegation S. 110f.

¹⁴⁾ Delegation S. 111 und S. 120 Abs. 1.

überhaupt für möglich, so ist nicht ersichtlich, weshalb die auf die Vornahme von Delegationen gerichtete Übung nur der verfassungsgesetzlich konstituierten Staatsorgane zur Entstehung gewohnheitsrechtlicher Delegationsnormen soll führen können, während die entsprechende Übung gesetzlich oder verordnungsmäßig eingerichteter Organe diese Wirkung nicht haben soll. Da ferner eine Delegation die Identität des Inhabers der regelmäßigen Zuständigkeit mit dem Setzer der delegierenden Norm nicht fordert¹⁾, mithin eine auf die Vornahme von Delegationen gerichtete Übung stets dann vorliegt, wenn *i r g e n d e i n* zur regelmäßigen Änderung der Zuständigkeitsordnung nicht berufenes Staatsorgan die geltende Zuständigkeitsordnung zu verändern sucht, läßt sich nicht begründen, warum die auf die Vornahme von Delegationen gerichtete Übung nur des Inhabers der regelmäßigen Zuständigkeit zur Begründung einer gewohnheitsrechtlichen Delegationsnorm geeignet sein soll. Deshalb nötigt das Gewohnheitsrechts-Argument TRIEPELS zu der Folgerung, daß die gesamte staatliche Zuständigkeitsordnung dem Zugriff jedes beliebigen Organs offenstehe, sofern nur eine auf die Änderung dieser Zuständigkeitsordnung gerichtete langdauernde Übung irgendeines Staatsorgans nachweisbar sei. Bestand und Funktionsfähigkeit der Zuständigkeitsordnung wären dann nicht mehr rechtlich, sondern nur tatsächlich geschützt, insofern nämlich eine auf die Delegation einer bestimmten Zuständigkeit oder eines bestimmten Teils einer Zuständigkeit gerichtete langdauernde Übung eines bestimmten Staatsorgans kaum nachweisbar sein dürfte.²⁾ Dieser Umstand macht die weittragenden Folgen des Gewohnheitsrechts-Arguments zwar praktisch wirkungslos, kann hier aber nicht zu einem Verzicht auf die Kritik dieses Arguments führen. Denn

1) Vgl. oben § 15.

2) Diese Übung wäre nur in der Weise denkbar, daß ein Organ einen auf die Änderung der Zuständigkeitsordnung gerichteten Akt setzen und diesen wiederholt abändern würde.

im Rahmen dieser Untersuchung interessiert vor allem die Frage, ob eine gewohnheitsrechtliche Bildung von Delegationsnormen rechtlich möglich und deshalb das Gewohnheitsrechts-Argument überhaupt zulässig ist.

2. Abgesehen davon, daß eine auf die Vornahme von Delegationen gerichtete langdauernde Übung praktisch kaum nachweisbar sein dürfte, ist die Annahme der Bildung gewohnheitsrechtlicher Delegationsnormen aus theoretischen Gründen von vornherein ausgeschlossen.

Wie jede Art des objektiven Rechts bedarf auch das Gewohnheitsrecht nicht nur des Setzungs- bzw. Bildungsaktes, sondern des Geltungsgrundes, kraft dessen eine auf die Bildung von Rechtsnormen gerichtete Betätigung als Setzungsakt für objektives Recht legitimiert wird, und kraft dessen die auf Grund dieser Betätigung feststellbare oder formulierbare "Äußerung" überhaupt erst Geltung als objektives Recht erlangt. Ebenso wie die Beschlußfassung durch eine bestimmte Gruppe von Personen, die schriftliche Festlegung dieses Beschlusses, deren Unterzeichnung durch weitere bestimmte Personen und schließlich die Veröffentlichung dieser schriftlichen Festlegung nicht allein schon wegen dieser Tatsachen, sondern nur dann zur Entstehung von Gesetzesrecht führt, wenn die beschriebenen Betätigungen als Setzungsakt für objektives Recht rechtlich legitimiert sind, und die entstandene "Äußerung" ihren Geltungsgrund als Gesetz in Normen des objektiven Rechts findet, entsteht Gewohnheitsrecht nicht allein schon deswegen, weil ein bestimmtes Verhalten von den Beteiligten in der Überzeugung rechtlicher Gebotenheit oder Gewährung lange Zeit hindurch gleichmäßig und allgemein geübt worden ist. Vielmehr ist auch in bezug auf die Bildung von Gewohnheitsrecht die Frage nach dem möglichen Bildungsakt von der Frage nach dem Geltungsgrund.- wie RÜMELIN sagt: die Frage nach den beobachtbaren Tatsachen von der Frage der Bewertung³⁾ - streng

³⁾ a.a.O. S. 37.

zu trennen. Ebenso wie nicht jede beliebige Gruppe von Personen als "Parlament" auftreten, nicht beliebige Personen "Ausfertiger" und "Verkünder" von Gesetzesrecht sein können, kann auch nicht angenommen werden, daß jede beliebige Übung ohne weiteres die Entstehung von Gewohnheitsrecht zur Folge haben könne.

RÜCKELIN hat darauf hingewiesen, daß der Grund für die Anerkennung der langdauernden Übung als Bildungsprozeß für objektives Recht darin zu suchen sei, daß "das Volk in seiner natürlichen Beschaffenheit ... als Träger der höchsten Rechtsmacht" zu betrachten sei.⁴⁾ Man wird dieser Auffassung zustimmen müssen. Die Bildung von Gewohnheitsrecht ist unverfaßte und unverfaßbare Rechtsetzung, vollzieht sich außerhalb und vor der Verfassung. Wenn deshalb eine von Rechtsüberzeugung getragene langdauernde Übung imstande sein soll, Recht - ggf. auch contra legem und contra constitutionem - zu erzeugen, so hat dies zur Voraussetzung, daß der unverfaßte Inbegriff der "Ausübung" zur Setzung von Recht gleich oder besser legitimiert ist als die förmlich zur Rechtsetzung berufenen Staatsorgane. Unverfaßt zur Rechtsetzung berufen ist nur das Volk als Träger der Staatsgewalt, d.h. als Träger des pouvoir constituant. Deshalb kann eine von Rechtsüberzeugung getragene langdauernde Übung nur insoweit als Bildungsprozeß für Gewohnheitsrecht anerkannt werden, als sich in ihr der Wille des "Volkes in seiner natürlichen Beschaffenheit", d.h. der Wille des pouvoir constituant, verkörpert. Das ist bei einer Übung, die auf die regelwidrige Veränderung der Zuständigkeitsordnung gerichtet ist - und deshalb bei Begründetheit des Gewohnheitsrechts-Arguments zur Bildung einer gewohnheitsrechtlichen Zuständigkeit zur außerordentlichen Veränderung der Staatsorganisation führen müßte - nicht der Fall.

Wenn auf Grund langdauernder Übung Gewohnheitsrecht entsteht, weil sich in dieser Übung der Wille des "Volkes

⁴⁾ a.a.O. S. 38, vgl. dort auch S. 51, 58, 60.

in seiner natürlichen Beschaffenheit" verkörpert, so folgt hieraus, daß Inhalt dieser Übung nur ein solches Verhalten sein kann, zu dessen Vornahme das "Volk in seiner natürlichen Beschaffenheit" imstande ist, und das diesem zugerechnet werden kann. Infolgedessen kann die Vornahme prästendierter und intendierter Staatshoheitsakte - und um solche handelt es sich bei prästendierten und intendierten Delegationen allein schon deshalb, weil diese mit dem Anspruch auftreten, als Staatsorgan-Akte die Regelnorm suspendieren zu können - nicht Inhalt einer gewohnheitsrechtsbildenden Übung sein. Denn bei der Setzung prästendierter und intendierter Delegationsakte berufen sich die handelnden Stellen bzw. Personen - und hierauf beruht allein der etwa gegebene Rechtsschein der Gültigkeit derartiger Akte - gerade auf die hoheitliche Gewalt, die ihnen - im übrigen - als Staatsorganen bzw. als den Waltern dieser Organe durch das geltende Organisationsrecht verliehen ist. Sie handeln also nicht als Teil des "Volkes in seiner natürlichen Beschaffenheit", sondern als Teil der verfaßten Staatsorganisation. Insofern sind sie nicht Träger der Staatsgewalt, sondern nur - als Teil des pouvoir constitué - nach Maßgabe der Zuständigkeitsordnung zur Ausübung der Staatsgewalt berufen. Infolgedessen kann in der Vornahme prästendierter und intendierter Delegationsakte, die nicht durch eine vorgegebene besondere Delegationsnorm gedeckt sind, eine zur Entstehung einer Delegationszuständigkeit führende gewohnheitsrechtsbildende Übung nicht gefunden werden. Solche Akte sind und bleiben vielmehr - unabhängig davon, wie lange sie geübt werden und welche Überzeugungen dabei obwalten - zuständigkeitsüberschreitende Akte.

Zu dieser Annahme zwingt insbesondere der Umstand, daß die Setzung von Staatshoheitsakten die "Investitur" der Setzer dieser Akte in die Stellung von Staatsorganen⁵⁾ bzw. in die Stellung von Staatsorganwaltern⁶⁾ voraussetzt, und daß

⁵⁾ Dies geschieht durch Zuerkennung von Zuständigkeiten; vgl. oben § 5 Ziff. 1, insbesondere Fußnote 7 zu a, S.20.

⁶⁾ Dies geschieht durch Berufung in ein Amt.

diese "Investitur" nur entweder unmittelbar durch den Träger der Staatsgewalt bzw. dessen Repräsentanten oder auf Grund einer von dem Träger der Staatsgewalt bzw. dessen Repräsentanten erteilten Ermächtigung wirksam vorgenommen werden kann. Im demokratischen Staat beruht diese "Investitur" unmittelbar oder mittelbar auf dem Willen des Volkes bzw. dessen Repräsentanten, d.h. unmittelbar oder mittelbar auf der Verfassung oder einem Gesetz.

Hieraus folgt, daß die auf die Vornahme von Delegationen gerichtete Übung eines Staatsorgans nicht den Willen des Volkes verkörpert, sondern daß das ausübende Organ sich eigenmächtig Zuständigkeiten zu schaffen sucht, die ihm bei der "Investitur" der Staatsorgane von dem Träger der Staatsgewalt bzw. dessen Repräsentanten vorenthalten worden sind. Die bloßen Ausüben prästendierter und intendierter Staatshoheitsakte - insbesondere prästendierter und intendierter Delegationsakte - maßen sich deshalb insoweit die Stellung von Staatsorganen an, in die sie nur berufen werden, die sie sich aber nicht selbst schaffen können. Eine gewohnheitsrechtliche Bildung von Zuständigkeitsnormen - insbesondere von Delegationsnormen - ist mithin nicht möglich.⁷⁾

⁷⁾ Im Ergebnis ebenso: GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, Anm. 25 zu S. 801 (anders noch Verordnungsrecht, S. 390); KLEIN in Wehrbeitrag 2, S. 495, der ausführt, angesichts des Art. 79 GG sei unter dem Grundgesetz die Bildung gewohnheitsrechtlicher Normen von Verfassungsrang nicht möglich; KUHNE, a.a.O. S. 95f. und 97f. Demgegenüber ist in der Aussprache zum ersten Beratungsgegenstand "Ungeschriebenes Verfassungsrecht" der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Göttingen am 18. (u.19.) Oktober 1951 zu Göttingen die Bildung gewohnheitsrechtlicher Zuständigkeitsnormen von Verfassungsrang von W. JELLINEK (VVDStRL H. 10, S. 68), SCHÄTZEL (VVDStRL H. 10, S. 50f.) und SCHEUNER (VVDStRL H. 10, S. 47f.) für möglich gehalten worden. Einer näheren Untersuchung bedürfen diese Auffassungen nicht, weil sie die Frage des Geltungsgrundes von Gewohnheitsrecht nicht behandeln, vielmehr ungeprüft und stillschweigend voraussetzen, daß eine langdauernde, auf die Setzung von Staatshoheitsakten gerichtete Übung an sich durchaus imstande sei, diesbezügliche gewohnheitsrechtliche Zuständigkeitsnormen zu erzeugen.

3. Allerdings bedeutet die Ablehnung gewohnheitsrechtlicher Delegationsnormen nicht, daß die Bildung ungeschriebener Delegationsnormen schlechthin ausgeschlossen sei, sondern nur, daß sich das angeblich delegationsbefugte Organ selbst keine Delegationszuständigkeiten schaffen kann, weil es auch insoweit auf die "Investitur" durch die ihm überlegene Zuständigkeitsordnung angewiesen ist. Diese Zuständigkeitsordnung kann jedoch auch ungeschrieben sein. Insoweit ist die Bildung ungeschriebener Delegationsnormen denkbar. Praktische Bedeutung dürfte die Delegation ungeschriebener Zuständigkeiten auf Grund ungeschriebener Delegationsnormen allerdings kaum haben, weil unter der Geltung einer ungeschriebenen Zuständigkeitsordnung keine Nötigung dazu bestehen dürfte, eine ungeschriebene Delegationszuständigkeit anzuerkennen. Insoweit liegt die Annahme näher, daß die "neue" Zuständigkeit - unabhängig von dem "Übertragungs"-Akt - auf einem regelmäßig geltenden ungeschriebenen Rechtssatz beruht.⁸⁾

§ 19: Die besondere Gestattung als Zulässigkeitsvoraussetzung der Delegation

1. Außer der gewohnheitsrechtlichen Bildung von Delegationsnormen ist ferner die Annahme einer Delegationszuständigkeit "kraft Natur der Sache" bzw. "kraft Sachzusammenhangs" ausgeschlossen.

Eine Delegation besteht in der ausnahmsweise erlaubten regel-

⁸⁾ So besteht unter Geltung eines Präjudizienrechts kein Anlaß, den "Übertragungs"-Akt im Wege richterlicher Rechtsfindung zu legitimieren. Es liegt dort näher, die "neue" Zuständigkeit als solche unmittelbar durch Richterspruch anzuerkennen. Geltungsgrund der "neuen" Zuständigkeit ist solchenfalls nicht der - von der richterlichen Legitimation nicht erfaßte - "Übertragungs"-Akt, sondern unmittelbar der Richterspruch als regelmäßig gesetzte Rechtsquelle. Das Problem der Delegation tritt deshalb im Grunde nur innerhalb einer geschriebenen und rangmäßig gestuften Rechtsordnung auf.

widrigen Veränderung der bis dahin geltenden Zuständigkeitsordnung durch Begründung einer außerordentlichen Kompetenz. Die Zuständigkeit zur Delegation kann mithin nicht durch Entfaltung der Zuständigkeitsregeln - so wie dies bei der Ableitung der Zuständigkeiten "kraft Natur der Sache" bzw. "kraft Sachzusammenhangs" geschieht¹⁾ - gewonnen werden, sondern kann nur aus einem prinzipwidrigen, deshalb aber der besonderen Anordnung bedürftigen Rechtssatz vom Range mindestens der Regelnorm fließen. Das bedarf keiner weiteren Erläuterung. Dabei ist besonders zu berücksichtigen, daß solche Delegationsnormen Zuständigkeiten zur (außerordentlichen) Veränderung der Zuständigkeitsordnung begründen, d.h. Zuständigkeiten, die hinsichtlich ihrer e f f e k t i v e n Zielsetzung²⁾ prinzipiell den zur regelmäßigen Änderung der Zuständigkeitsordnung berufenen Organen zukommen und nur aus besonderen Gründen den delegationsbefugten Organen anvertraut worden sind.

2. Delegationsnormen sind deshalb eng auszulegen. Sie bieten auch keinen Raum für die Anwendung formal-logischer Schlüsse - etwa des Analogieschlusses oder des Schlusses a majori ad minus oder anderer Schlüsse -, um mit ihrer Hilfe Zuständigkeiten auch anderer als der in ihnen ermächtigten Organe zur Begründung außerordentlicher Zuständigkeiten oder Erweiterungen der durch sie begründeten Kompetenz zur außerordentlichen Regelung der Zuständigkeitsordnung annehmen zu können.

¹⁾ Vgl. zur Ableitung dieser Zuständigkeiten KÜCHENHOFF, Erich, a.a.O. passim, insbesondere S. 425 - 451 und S. 451 - 473.

²⁾ Nicht bezüglich ihrer r e c h t l i c h e n Zielsetzung: Die Zuständigkeit des zur regelmäßigen Veränderung der Zuständigkeitsordnung berufenen Organs geht auf die Begründung regelmäßiger und ordentlicher Kompetenzen. Die Kompetenz des delegierenden Organs geht auf die Begründung außerordentlicher, ausnahmsweise regelwidrig gültiger Zuständigkeiten; diese lassen die regelmäßige Zuständigkeitsordnung als solche unberührt.

Gibt also z.B. Art. 60 Abs. 3 GG dem Bundespräsidenten die Zuständigkeit zur außerordentlichen Regelung der Zuständigkeit zur Ausübung des Begnadigungsrechts des Bundes, so hat ausschließlich der Bundespräsident, nicht dagegen irgendein anderes Organ diese Kompetenz. Vermag insoweit eine diesbezügliche Anordnung des Bundespräsidenten die Vorschrift des Art. 60 Abs. 2 GG außer Anwendung zu setzen, so vermag dies beispielsweise ein prätendiertes und intendiertes einfaches Bundesgesetz nicht, das etwa dem Bundesminister der Justiz die Zuständigkeit zur Ausübung des Begnadigungsrechts des Bundes in Strafsachen zuweisen wollte. Denn den zur einfachen Gesetzgebung berufenen Organen mangelt es - im Gegensatz zum Bundespräsidenten - nicht nur an der Zuständigkeit zur regelmäßigen Veränderung der verfassungsgesetzlich bewirkten Zuständigkeitsordnung, sondern auch an der Zuständigkeit zur außerordentlichen Veränderung dieser Zuständigkeitsordnung hinsichtlich der Zuständigkeit zur Ausübung des Begnadigungsrechts des Bundes. Man kann also nicht folgern, da bereits ein Rechtsetzungsakt des Bundespräsidenten eine außerordentliche Zuständigkeit begründen könne, müsse eine solche Kompetenz "erst recht" durch einen Rechtsetzungsakt der Legislative geschaffen werden können.³⁾⁴⁾

³⁾ Vgl. dazu, daß - bei Vorliegen einer diesbezüglichen Delegationsnorm - die Legislative nicht nur gesetzgeberische Zuständigkeiten, sondern jede beliebige Zuständigkeit delegieren kann, mithin aber die Annahme einer Delegation in dem oben erwähnten Fall nicht bereits deshalb ausgeschlossen wird, weil die Legislative nicht das Verlierersubjekt der "Übertragung" wäre, oben § 15.

⁴⁾ Vgl. dazu, daß in solcher Weise geschlossen wird, SCHEUNER in Übertragung, S. 144. Die Auffassung SCHEUNERs wird hier nicht näher betrachtet, weil angesichts des bisherigen Befundes (vgl. oben Einleitung Ziff. 2, S. 5 - 7) durchaus unklar ist, ob es sich bei den von Scheuner gemeinten Sachverhalten um (Sub-) Delegationen gesetzgebender Gewalt handelt, d.h. ob diese Sachverhalte im Rahmen des Delegationsthemas überhaupt zu erörtern sind.

3. Kapitel: Abgrenzung der Delegation von anderen organisationsrechtlichen Tatbeständen

§ 20: Die Regelnorm als Voraussetzung der Möglichkeit der Annahme einer Delegation

1. TRIEPEL hat bemerkt, eine Delegation setze "eine bestehende Kompetenzregelung voraus, an der eine Änderung vorgenommen wird."¹⁾

Diese Auffassung hat hier ihre Bestätigung insofern gefunden, als die Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit das Bestehen der ordentlichen Kompetenz voraussetzt. Deshalb kann eine Delegation nur angenommen werden, sofern die dem potentiellen Delegatar zugewiesene Aufgabe gemäß einer Norm höheren Ranges - und also regelmäßig - in die Zuständigkeit einer anderen als der durch die delegierende Norm begünstigten Institution fallen würde.

2. Es ist also nicht jede Zuständigkeitsnorm, die einer Institution die Zuständigkeit zur Begründung bestimmter Kompetenzen und damit die Zuständigkeit zu - irgendwelchen - Veränderungen an der bisher bestehenden Kompetenzordnung verleiht, eine Delegationsnorm im spezifischen Sinne.

Eine solche ist vielmehr nur dann gegeben, wenn die jeweils begünstigte Institution ermächtigt wird, Zuständigkeitsnormen zu setzen, die von Zuständigkeitsregelungen abweichen, welche bereits von Normen höheren Ranges getroffen worden sind. Ob also eine bestimmte, eine Zuständigkeit zur Regelung der Staatsorganisation begründende Norm eine Delegationsnorm im spezifischen Sinne ist, kann nicht aus der isolierten Betrachtung dieser Zuständigkeitsnorm bestimmt werden, sondern erst daraus, daß durch Vergleich mit anderen Zuständigkeitsnormen ermittelt wird, ob diese Norm zur außerordentlichen Regelung der Staatsorganisation ermächtigt.

¹⁾ Vgl. Delegation S. 80.

3. Es ist deshalb bei der Prüfung der Frage, ob eine bestimmte, zur Regelung der Staatsorganisation ermächtigende Zuständigkeitsnorm eine Delegationsnorm ist, zu untersuchen, ob eine Regelnorm besteht, und ob die eventuelle Delegationsnorm zur außerordentlichen Veränderung der bislang geltenden Zuständigkeitsordnung, zur Begründung außerordentlicher Zuständigkeiten ermächtigt. Das wird betont, weil bei der Prüfung der Frage, ob eine bestimmte Norm eine Delegationsnorm sei, bzw. bei der Prüfung der Frage, ob in einem konkreten Fall eine Delegation vorliege, Schwierigkeiten auftreten können.

Im folgenden soll die Delegation anhand einiger dem Grundgesetz entnommener Beispiele andersartigen organisationsrechtlichen Tatbeständen gegenübergestellt und von diesen abgegrenzt werden.

§ 21: Delegation und Erfüllung organisationsrechtlicher Grundsätze

1. In einigen Normen stellt das Grundgesetz nur organisationsrechtliche Grundsätze auf, begründet jedoch selbst keine diesen Grundsätzen entsprechenden Zuständigkeiten. Die in Erfüllung dieser Grundsätze gesetzten Zuständigkeitsnormen begründen mithin als die insoweit ranghöchsten Zuständigkeitsnormen¹⁾ regelmäßige Zuständigkeiten.

2. Ein Beispiel dafür bietet Artikel 108 Absatz 1 Satz 1 GG i.V. mit Artikel 108 Absatz 1 Satz 4 GG. Artikel 108 Absatz 1 Satz 1 GG begründet die Verwaltungshoheit des Bundes bezüglich der Verwaltung der dort genannten Monopole, Zölle, Steuern und Abgaben. Er bestimmt weiterhin, daß diese durch "Bundesfinanzbehörden", d.h. in bundeseigener Verwaltung i.S. des Artikels 87 GG, zu füh-

¹⁾ Vgl. dazu oben § 13 Ziff. 4, S. 70f.

ren sei.²⁾ Konkrete und bestimmte Organschaften zur Wahrnehmung dieser Hoheit werden durch die Bestimmung aber nicht begründet. Deren Begründung obliegt vielmehr nach Artikel 108 Absatz 1 Satz 2 GG³⁾ dem einfachen Gesetzgeber.

Artikel 108 Absatz 1 Satz 4 GG ergänzt diese Bestimmung dahin, daß der Bund⁴⁾ die Verwaltung der einmaligen Vermögensabgaben den Landesfinanzbehörden als Auftragsverwaltung übertragen, d.h. Organzuständigkeiten von Landesbehörden zur Ausübung der Verwaltungshoheit des Bundes bezüglich der einmaligen Vermögensabgaben begründen kann.⁵⁾

-
- ²⁾ Das ergibt sich aus der ausdrücklichen Erwähnung der "Bundesfinanzverwaltung" in Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG, sowie aus der Formulierung "Bundesfinanzbehörden" in Art. 108 Abs. 1 Satz 1 GG, die besagt, daß die Organschaft zur Wahrnehmung der Verwaltungshoheit des Bundes durch einen "bundeseigenen" Behördenapparat versehen werden soll. Vgl. dazu, daß eine bundeseigene Behörde nicht notwendig ein Bundesorgan zu sein braucht und umgekehrt, oben Fußnote 7 (unter b) zu § 5, S. 20 .
- ³⁾ Diese Bestimmung ist Spezialvorschrift gegenüber Art. 86 Satz 2 GG, was bedeutet, daß hinsichtlich der Errichtung der Bundesfinanzbehörden die in Art. 86 Satz 2 GG angeordnete subsidiäre Regelungszuständigkeit der Bundesregierung nicht besteht.
- ⁴⁾ Art. 108 Abs. 1 Satz 4 GG läßt nicht erkennen, welches Bundesorgan zur Statuierung der Bundesauftragsverwaltung der Länder zuständig ist. Wenn aber der Bund bezüglich der Verwaltung der einmaligen Vermögensabgaben die Wahl zwischen der Verwaltungsform der bundeseigenen Verwaltung und der Verwaltungsform der Auftragsverwaltung hat, und ferner die Statuierung der ersten Wahlmöglichkeit dem Bundesgesetzgeber nach Art. 108 Abs. 1 Satz 2 GG zusteht, so muß dies - entsprechend, da durch den Wortlaut des Art. 108 Abs. 1 Satz 2 GG nicht gedeckt - auch für die zweite Wahlmöglichkeit gelten, weil andernfalls einander aufhebende Zuständigkeiten bestehen würden.
- ⁵⁾ In den Fällen, in denen die Länder die Bundesgesetze im Auftrage des Bundes ausführen (vgl. Art. 85 GG) nehmen die Länder nicht eigene Angelegenheiten (vgl. Art. 83 GG) wahr, handeln also nicht kraft eigener Hoheit. Sie nehmen solchenfalls Angelegenheiten des Bundes, d.h. Hoheiten des Bundes, wahr. Die Landesbehörden werden also in Wahrnehmung von Bundeshoheiten, d.h. als Bundesorgane tätig. Nur deshalb ist sowohl das Weisungsrecht der

Nicht das Grundgesetz, sondern die eine bestimmte Organzuständigkeit begründende und gegenüber dem Grundgesetz niederrangige Norm schafft also die regelmäßige Organzuständigkeit zur Wahrnehmung der Verwaltungshoheit des Bundes über die in Artikel 108 Absatz 1 Satz 1 genannten Materien, und zwar unabhängig davon, ob im konkreten Fall Bundesbehörden oder Landesbehörden⁶⁾, und unabhängig davon, welche Bundesbehörden oder Landesbehörden mit der organschaftlichen Wahrnehmung der Verwaltungshoheit des Bundes betraut werden.

Die jeweils kompetenzbegründende Norm kann also in keinem Falle eine (Organzuständigkeiten) delegierende Norm sein, weil insoweit das Grundgesetz selbst keine Organzuständigkeiten begründet hat. Das gilt insbesondere für eine Veränderung der zunächst gesetzten Zuständigkeitsordnung, sei es nun, daß diese in der Ersetzung einer bis dahin zuständigen Bundesbehörde durch eine andere Bundesbehörde, sei es nun, daß diese in dem Übergang von der bundeseigenen Verwaltung zur Auftragsverwaltung oder in dem Übergang von der Auftragsverwaltung zur bundeseigenen Verwaltung bezüglich der Verwaltung der einmaligen Vermögensabgaben besteht. In allen diesen Fällen wird ein bis dahin geltender Satz eines Bundesgesetzes durch einen anderen Satz eines anderen Bundesgesetzes nach dem Satz "lex posterior derogat legi priori" - und also regelmäßig - derogiert. Die je neu begründete Zuständigkeit

obersten Bundesbehörden (Art. 85 Abs. 3 bzw. Art. 108 Abs. 4 Satz 2 GG) wie die Erstreckung der Bundesaufsicht auf die Zweckmäßigkeit der Ausführung (Art. 85 Abs. 4 GG) innerlich gerechtfertigt. Vgl. dazu, daß eine Landesbehörde Bundesorgan sein kann, oben Fußnote 7 (zu b) zu § 5, S. 20, ferner auch § 11 Ziff. 2, S. 55; neuestens dazu KLEIN, Gemeinschaftsaufgaben, S. 139-142.

⁶⁾ Letzteres nur bezüglich der einmaligen Vermögensabgaben.

ist also eine regelmäßige Zuständigkeit.⁷⁾

3. Ein weiteres Beispiel aus dieser Gruppe von Vorschriften bietet Artikel 90 Absatz 2 GG i.V. mit Artikel 90 Absatz 3 GG.

Durch Artikel 90 Absatz 2 GG wird dem Bund die Hoheit zur Verwaltung der Bundesautobahnen und der sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs gegeben und bestimmt, daß diese in der Verwaltungsform der Auftragsverwaltung - nach Artikel 85 GG - wahrzunehmen sei.⁸⁾

Artikel 90 Absatz 3 GG ergänzt diese Bestimmung dahin, daß die Verwaltungshoheit des Bundes auf Antrag eines Landes und im Gebiet dieses Landes auch in der Verwaltungsform der bundeseigenen Verwaltung - nach Artikel 86 GG - ausgeübt werden kann.

Die genannten Vorschriften begründen also zwar die Verwaltungshoheit des Bundes über die genannten Materien, nicht aber Organzuständigkeiten zur Wahrnehmung dieser Hoheit. Diese Organzuständigkeiten werden vielmehr - soweit die Auftragsverwaltung in Frage steht - durch Vorschriften des Bundesrechts gemäß Artikel 85 Absatz 1 GG bzw. durch Vorschriften des Landesrechts gemäß Artikel 85 Absatz 1 und Artikel 90 Absatz 2 GG begründet, oder - sofern die bundeseigene Verwaltung nach Artikel 90 Absatz 3 geführt

⁷⁾ Daraus ergibt sich, daß die Auftragsverwaltung als solche mit einer Delegation nichts zu tun hat. Freilich kann in dem Akt der Begründung der Auftragsverwaltung zugleich eine Delegation liegen. Das ist z.B. der Fall, wenn eine Organzuständigkeit zur Wahrnehmung einer Bundeshoheit, die regelmäßig einer Bundesbehörde zusteht, ausnahmsweise durch eine Norm von niedrigerem Range als die Regelnorm auf eine Landesbehörde "übertragen" werden darf. Delegation und Begründung einer Auftragsverwaltung fallen aber - wie das angeführte Beispiel zeigt - nicht notwendig zusammen.

⁸⁾ Vgl. oben Fußnote 5.

wird - durch Bundesgesetze oder - subsidiär - durch Anordnungen der Bundesregierung gemäß Artikel 86 Satz 2 GG geschaffen. Übernimmt also beispielsweise der Bund nach Artikel 90 Absatz 3 GG die Verwaltung der in Artikel 90 Absatz 2 GG genannten Materien in bundeseigene Verwaltung, so erlischt die bis dahin auf Grund des Artikels 85 Absatz 1 GG bzw. des Artikels 90 Absatz 2 GG bestehende und gegenüber der Zuständigkeit des Bundes gemäß Artikel 85 Absatz 1 GG subsidiäre Zuständigkeit der Länder zur Regelung der Organzuständigkeiten zur Wahrnehmung der Bundeshoheit über die in Artikel 90 Absatz 2 genannten Materien. Nunmehr wird allein der Bund - organschaftlich vertreten primär durch den einfachen Gesetzgeber, subsidiär durch die Bundesregierung - gemäß Artikel 86 Satz 2 GG zur Regelung der organschaftlichen Zuständigkeitsordnung zuständig.

Begründet nunmehr der Bund als insoweit allein regelungsbefugter - und also zur Disposition über das bezüglich der genannten Materien bereits bestehende Organisationsrecht allein berechtigter - Hoheitsträger durch einfaches Bundesgesetz bzw. durch Anordnung der Bundesregierung gemäß Artikel 86 Satz 2 GG diesbezügliche Organzuständigkeiten bundeseigener Behörden und ändert er dadurch die bis dahin bestehende Zuständigkeitsordnung nach dem Satz "lex posterior derogat legi priori" ab⁹⁾, so liegt mithin eine

⁹⁾ Die bundesrechtliche Norm gilt, auch soweit sie Normen des Landesrechts außer Kraft setzt - was nicht notwendig der Fall zu sein braucht, weil der Bund auch im Rahmen der Auftragsverwaltung organisationsrechtliche Regelungen nach Art. 85 Abs. 1 GG erlassen haben kann -, nach dem Satz "lex posterior derogat legi priori", nicht nach dem Satz "Bundesrecht bricht Landesrecht" (Art. 31 GG). Denn letzterer setzt eine Normenkollision zwischen Bundesrecht und Landesrecht als solche voraus, d.h. Rechtssätze voraus, die beide nebeneinander "an sich" gültig sind und deren Rang kraft diesbezüglicher Bestimmung (Art. 31 GG) (erst) durch ihren Vergleich bezüglich ihrer Qualität als Bundesrecht oder Landesrecht bestimmbar ist. Dieser Sachverhalt liegt aber in dem angeführten Beispiel nicht vor, weil die Rangfrage bereits auf einer logisch früheren Stufe entschieden, d.h. der Satz des Landesrechts bereits dero-

regelmäßige Veränderung der bis dahin geltenden Zuständigkeitsordnung, also keine Delegation vor.¹⁰⁾

Die bundesrechtliche Norm führt also zwar eine Änderung der bis dahin bestehenden Zuständigkeitsordnung herbei, begründet aber keine außerordentlichen, sondern regelmäßige, ordentliche Zuständigkeiten.¹¹⁾

§ 22: Delegation und Verdrängung nur subsidiär geltender Zuständigkeitsnormen

1. In einer anderen Gruppe von Vorschriften begründet das

giert ist, bevor er überhaupt "als Landesrecht" mit dem derogierenden Satz des Bundesrechts kollidieren kann: Mit dem Übergang zur bundeseigenen Verwaltung ist der Bund nach Art. 86 Satz 2 GG allein zur Regelung der Organzuständigkeiten zuständig geworden, damit aber (auch) allein zur Disposition über diesbezügliches, bereits bestehendes Recht berechtigt. Die Länder haben hingegen mit Einführung der bundeseigenen Verwaltung ihre bis dahin aus Art. 85 Abs. 1 GG fließende (subsidiäre) Befugnis zur Regelung des Organisationsrechts verloren, sind folglich (auch) nicht mehr zur Disposition über das diesbezügliche, bereits bestehende und von ihnen (früher) in Wahrnehmung des Artikels 85 Abs. 1 gesetzte Organisationsrecht befugt. Infolgedessen derogieren die gemäß Art. 86 Satz 2 erlassenen bundesrechtlichen Normen das bis dahin bestehende Landesrecht nicht als "leges superiores", d.h. nicht als Bundesrecht, sondern als "leges posteriores", d.h. als jüngerer Recht: Die landesrechtliche Norm wird derogiert, bevor Art. 31 eingreifen kann.

¹⁰⁾ Vgl. oben § 13 Ziff. 4, S. 71.

¹¹⁾ Weitere Fälle dieser Gruppe sind: Art. 89 Abs. 2 Satz 1 GG i.V. mit Art. 89 Abs. 2 Satz 3 und S. 4 GG, so wie Art. 108 Abs. 2 Halbsatz 1 i.V. mit Art. 108 Abs. 2 Halbsatz 2 GG.

Grundgesetz zwar selbst bestimmte Zuständigkeiten, bestimmt jedoch, daß die kompetenzbegründende grundgesetzliche Norm nur subsidiär, d.h. nur dann gelten solle, sofern keine anderweitigen und durch andere als grundgesetzliche Normen angeordneten¹⁾ Zuständigkeitsregelungen vorliegen.

Wird eine solche Zuständigkeitsregelung getroffen, und wird infolgedessen die bis dahin verfassungsgesetzlich bewirkte Zuständigkeitsordnung durch Normen von geringerem als Verfassungsrang verändert, so scheint auf den ersten Blick eine Delegation vorzuliegen.²⁾

¹⁾ Das Grundgesetz kann zwar auch einer seiner Zuständigkeitsnormen Subsidiarität gegenüber einer anderen Grundgesetznorm beilegen, d.h. anordnen, daß die Norm nur Anwendung finden solle, "soweit dieses Grundgesetz nichts anderes bestimmt" o.ä., und damit die inhaltliche Kollision zwischen der einen und der anderen Norm zugunsten der anderen lösen. (Vgl. z.B. Art. 83 Halbs. 1 i.V. mit Art. 83 Halbs. 2 und Art. 87 GG; Art. 70 Abs. 1 Halbs. 1 Halbs. 1 i.V. mit Art. 70 Abs. 1 Halbs. 2 und Art. 72 GG). Diese Fälle interessieren aber im Rahmen des Delegations-themas von vornherein nicht.

²⁾ So hinsichtlich des Art. 77 WRV offenbar GMELIN: Die Weimarer Verfassung lasse in ihrem Artikel 77, "wo sie das Verordnungsrecht grundsätzlich der Reichsregierung zuweist, durch den Zusatz 'soweit nicht Gesetze anderes bestimmen' die Ü b e r t r a g u n g an andere Organe zu" (a.a.O. S. 490 r.Sp., Hervorhebung vom Verfasser). Von einer "Übertragung" könnte jedoch - selbst wenn man den nur metaphorischen Charakter des Ausdrucks in Rechnung stellt - nur gesprochen werden, sofern die subsidiäre Zuständigkeit der Reichsregierung a l s s o l c h e "übertragen" würde. Dieser Sachverhalt lag aber hinsichtlich der gem. Art. 77 WRV erlassenen Gesetze nicht vor: Die gesetzlich ermächtigten Organe erhielten nicht anstelle der Reichsregierung eine subsidiäre Zuständigkeit zum Erlass von Verordnungen, sondern die Kompetenz der Reichsregierung wurde - weil nur subsidiär und eben nicht "grundsätzlich" gewährt - zugunsten der primären Zuständigkeit der einfach-gesetzlich ermächtigten Institution kraft diesbezüglicher verfassungsgesetzlicher Anordnung beseitigt. Entsprechendes gilt z.B. auch hinsichtlich des Art. 7 Ziff. 2 RV 1871. Dagegen werden die hier gemeinten Sachverhalte von TRIEPEL zutreffend beurteilt, wenn er sagt, es sei "verfehlt, zu behaupten, daß eine Delegation der oberen Rechtsquelle an die untere vorliege, wenn jene zugunsten dieser einem ihrer Gesetze Subsidiarität beilegt" (Delegation S.83).

Das ist jedoch nicht der Fall. Denn die primär geltende Norm, durch die die nur subsidiäre Vorschrift verdrängt wird, gilt als solche regelmäßig. Sie begründet also keine außerordentlichen, sondern regelmäßige, ordentliche Zuständigkeiten.³⁾

Eine Delegation einer nur subsidiär gewährten Zuständigkeit liegt dagegen nur vor, wenn - kraft diesbezüglicher ausdrücklicher Gestattung einer Norm vom Range mindestens der Regelnorm - die bis dahin durch die Regelnorm bewirkte subsidiäre Zuständigkeit durch eine andere und durch eine rangniedere Norm statuierte subsidiäre Zuständigkeit ersetzt wird.⁴⁾

2. Daß die hier gemeinten Normen keine Delegationen betreffen, sei an einem der wichtigsten Beispiele dieser Gruppe aus dem Bereich des Grundgesetzes, dem Artikel 83 GG, erläutert.

Artikel 83 GG bestimmt, daß die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheiten - und also in eigener Hoheit⁵⁾ - ausführen, soweit das Grundgesetz nichts anderes zuläßt.⁶⁾ Die die Verwaltungshoheit der Länder begründende Generalklausel des Artikels 83 Halbsatz 1 GG findet also gemäß Artikel 83 Halbsatz 2 GG nur Anwendung, sofern das Grund-

3) Delegation und Verdrängung nur subsidiär geltender Zuständigkeitsnormen sind tendenziell gegenläufige Sachverhalte: Gilt im Falle der Delegation grundsätzlich die höherrangige und nur ausnahmsweise die niederrangige Norm, so gilt im Falle der Verdrängung einer subsidiär geltenden Norm - zwar nicht grundsätzlich, aber - primär die niederrangige, und nur - zwar nicht ausnahmsweise, aber - subsidiär die höherrangige Norm.

4) Eine solche Delegation liegt z.B. im Falle des Art. 60 Abs. 3 i.V. mit Art. 60 Abs. 1 GG vor: Nach Art. 60 Abs. 3 GG kann die nach Art. 60 Abs. 1 GG subsidiäre Zuständigkeit des Bundespräsidenten zur Ernennung und Entlassung der Bundesbeamten usw. delegiert, d.h. eine Dieser entsprechende subsidiäre Ernennungs- bzw. Entlassungszuständigkeit anderer Behörden durch Anordnung des Bundespräsidenten begründet werden.

5) Vgl. oben § 5 Ziff. 2, S. 22 - 26.

6) Der zweite in Art. 83 angesprochene Fall, daß das Grundgesetz selbst etwas anderes bestimmt, interessiert hier nicht (vgl. oben Fußnote 1).

gesetz keine andere Regelung zuläßt oder soweit eine anderweitige, grundgesetzlich zugelassene Regelung (noch) nicht getroffen worden ist.⁷⁾

Voraussetzung der - regelmäßigen - Anwendbarkeit der Bestimmung des Artikels 83 Halbsatz 1 GG ist also insbesondere das **N i c h t g e g e b e n s e i n** einer grundgesetzlich zugelassenen anderweitigen Zuständigkeitsregelung. Das **B e s t e h e n** einer solchen anderweitigen Zuständigkeitsregelung läßt mithin die regelmäßige Anwendbarkeit des Artikels 83 Halbsatz 1 GG und mithin die regelmäßige Geltung dieser Vorschrift unangetastet. Die anderweitige Regelung ist also ihrerseits eine regelmäßige - weil primäre - Zuständigkeitsregelung.

Delegationen von Verwaltungshoheiten von den Ländern auf den Bund bzw. vom Bund auf die Länder sind damit ausgeschlossen: Soweit nach Artikel 83 GG i.V. mit den übrigen Bestimmungen des Grundgesetzes eine bestimmte Verwaltungshoheit entweder dem Bund oder den Ländern zustehen kann, handelt es sich stets um eine ordentliche, regelmäßige und als solche entweder primäre (Bund) oder subsidiäre (Länder) Zuständigkeit.⁸⁾

§ 23: Delegation und inhaltliche Ergänzung bzw. Erweiterung von Zuständigkeiten

1. In einer dritten Gruppe von Fällen begründet das Grundgesetz selbst Zuständigkeiten bestimmter Institutionen,

⁷⁾ Eine solche anderweitige Regelung ist z.B. ein auf Grund des Art. 89 Abs. 2 Satz 2 GG erlassenes Gesetz.

⁸⁾ Weitere Fälle dieser Gruppe sind:
Art. 19 Abs. 4 S. 2; 30; 60 Abs. 1; 84 Abs. 1;
85 Abs. 1; 86 S. 1; 86 S. 2; 93 Ziff. 4 GG.

regelt aber diese Zuständigkeiten nicht vollständig, sondern überläßt diesbezügliche ergänzende bzw. erweiternde Regelungen anderen Normen.

Diese Normen sind - da insoweit noch keine Zuständigkeiten durch andere und höherrangige Normen begründet sind - regelmäßig geltende Normen. Die durch sie begründeten Zuständigkeiten sind also regelmäßige, ordentliche Zuständigkeiten.

2. Beispiele dafür bieten die Fälle des Artikels 84 Absatz 5 Satz 1 GG und des Artikels 119 Satz 2 GG.

In beiden Fällen gibt das Grundgesetz der Bundesregierung nicht selbst die in beiden Vorschriften umschriebene Weisungsbefugnis. Zur Ausübung der Bundesaufsicht werden der Bundesregierung mit der Organzuständigkeit zur Wahrnehmung der Bundesaufsicht (Art. 84 Abs. 3 S. 1 GG) nur die in Artikel 84 Absatz 3 Satz 2 und Absatz 4 GG aufgeführten Befugnisse durch das Grundgesetz selbst zuerkannt.

Wird nun durch zustimmungsbedürftiges Bundesgesetz gemäß Artikel 84 Absatz 5 Satz 1 GG bzw. gemäß Artikel 119 Satz 2 GG der Bundesregierung die Befugnis gegeben, den Landesbehörden nach Maßgabe des Artikels 84 Absatz 5 Satz 2 GG bzw. des Artikels 119 Satz 3 GG unmittelbar Einzelweisungen zu erteilen, so erhält sie damit eine Befugnis zum Erlaß solcher Weisungen, die im konkreten Fall den Weisungen von Landesbehörden inhaltlich durchaus gleich sein können. Damit ergibt sich die Frage, ob solchenfalls nicht vielleicht eine (konservierende) Delegation von Weisungsbefugnissen auf die Bundesregierung vorliegen könnte. Das ist indessen nicht der Fall: Bei Erlaß von Weisungen nimmt die Bundesregierung eine Organzuständigkeit zur Wahrnehmung der grundgesetzlich normierten Aufsichtshoheit des Bundes über die Länder (Art. 84 Abs. 3 S. 1 GG) wahr. Dagegen üben die Landesbehörden beim Erlaß von Weisungen entweder ihre unmittelbare Amtsgewalt gegenüber nachgeordneten Behörden - also überhaupt keine Aufsichtshoheit - oder die Aufsichtshoheit des L a n d e s über rechts-

fähige Verwaltungseinheiten in Bezug auf deren Aufgabenerfüllung aus.

In beiden Fällen werden die Landesbehörden in Ausübung von Landeshoheiten tätig.

Die Zuständigkeit der Bundesregierung einerseits, die der Landesbehörden andererseits sind also auf jeweils verschiedene Aufgabenbereiche gerichtet. Demgemäß kann die eine in ihrem Verhältnis zur anderen weder "ordentlich" noch "ausserordentlich" sein.

Die Wahrnehmung der Aufsichtshoheit des Bundes über die Länder ist durch das Grundgesetz insoweit¹⁾ ausschließlich der Bundesregierung anvertraut, wenn ihr die im Rahmen dieser Zuständigkeit zukommende Weisungsbefugnis auch nicht unmittelbar durch das Grundgesetz, sondern durch zustimmungsbedürftiges Bundesgesetz zuerkannt wird. Zugunsten anderer Institutionen wird durch das Grundgesetz eine der Zuständigkeit der Bundesregierung insoweit gleiche, alternierende oder konkurrierende Zuständigkeit anderer Institutionen nicht begründet. Insbesondere werden insoweit durch das Grundgesetz keine Weisungsbefugnisse anderer Institutionen geschaffen. Die durch zustimmungsbedürftiges Bundesgesetz gemäß Artikel 84 Absatz 5 Satz 1 GG bzw. gemäß Artikel 119 Satz 2 GG begründete Weisungsbefugnis der Bundesregierung ist also - da sie die regelmäßige Zuständigkeit der Bundesregierung ergänzt, nicht aber eine regelmäßige Zuständigkeit durch eine außerordentliche Zuständigkeit ersetzt - eine regelmäßige, ordentliche Zuständigkeit.²⁾

¹⁾ Zwar erkennt das Grundgesetz in Art. 108 Abs. 4 dem Bundesfinanzminister Aufsichtsbefugnisse zu und kennt im Rahmen der Bundesaufsicht auch andere Weisungsbefugnisse als die der Bundesregierung (vgl. Art. 85 Abs. 3 u. 108 Abs. 4 GG). Diese beziehen sich aber auf Materien, die von den Ländern im Auftrage des Bundes verwaltet werden, also auf andere Materien als die, bezüglich derer die Bundesregierung kraft des Art. 84 Abs. 3 i.V. mit Art. 84 Abs. 1 GG Aufsichtsbefugnisse und - nach Maßgabe der Art. 84 Abs. 5 bzw. 119 Sätze 2 und 3 GG - Weisungsbefugnisse hat.

²⁾ Ein weiterer Fall dieser Gruppe ist Art. 99 GG.

4. Kapitel: Die Arten der Delegation

§ 24: Das Ordnungskriterium

Nunmehr kann untersucht werden, welche Delegationsarten sich im einzelnen unterscheiden lassen.

Diese Systematisierung dient ausschließlich dem Ziel, anhand des aufgefundenen Systems die Stellung knapp und klar bezeichnen zu können, die der Inhaber der außerordentlichen Zuständigkeit infolge der Delegation und kraft der delegierten Kompetenz innerhalb der Staatsorganisation einnimmt: Da eine Delegation keine Veränderung des Inbegriffs der staatlichen "Machtfülle", sondern nur eine Veränderung der Organisation hinsichtlich der Innehabung dieser "Machtfülle" bewirkt, muß eine Systematisierung der einzelnen Delegationsarten darauf hinzielen, diese organisationsmäßige Veränderung, d. h. die durch die Delegation bewirkte Stellung des Inhabers der außerordentlichen Kompetenz, möglichst präzise zu bezeichnen. Hinsichtlich der skizzierten Zielsetzung sind drei Einteilungsprinzipien zu beachten, die im folgenden je für sich dargestellt werden. Dies sind: Die Einteilung der Delegationen nach der Qualität der delegierten Zuständigkeiten (unten § 25), nach der behördenmäßigen Eingliederung des Delegatars in die Staatsorganisation (unten § 26) und nach dem Verhältnis der außerordentlichen zu der ordentlichen Zuständigkeit (unten § 27).

§ 25: Die Delegation von Hoheiten und die Delegation von Organzuständigkeiten

Das erste Einteilungsprinzip betrifft die Qualität der außerordentlichen Zuständigkeit. Die außerordentliche Zuständigkeit kann entweder eine außerordentliche Hoheit¹⁾ oder ei-

¹⁾ Vgl. zum Begriff der Hoheit oben § 5 Ziff. 2, S. 22ff.

ne außerordentliche Organzuständigkeit²⁾ sein.

Dementsprechend können als Grundarten der Delegation unterschieden werden:

- a) die Delegation einer Hoheit, d.h. die Begründung einer außerordentlichen Hoheit³⁾,
- b) die Delegation einer Organkompetenz, d.h. die Begründung einer außerordentlichen Organkompetenz⁴⁾.

§ 26: Die schlichte und die inkorporierende Delegation von Organzuständigkeiten

1. Es ist bereits ausgeführt worden, daß die Organqualität einer Institution unabhängig von dem Behördenaufbau ist, in den diese Institution eingefügt ist.¹⁾ Eine Organschaft im hier gemeinten Sinne liegt stets vor, wenn durch eine organisatorische Norm eine auf Wahrnehmung einer Hoheit gerichtete Zuständigkeit begründet wird, d.h. wenn das Subjekt dieser Zuständigkeit nicht Zurechnungsendpunkt, sondern nur Durchgangspunkt der normativen Zurechnung, nicht "Titulär", sondern nur "Walter" dieser Hoheit ist.

Nun lassen sich im Hinblick auf den **b e h ö r d e n - m ä ß i g e n** Charakter der Organe - und darin liegt das zweite Einteilungsprinzip - zwei verschiedene Arten unterscheiden. Es sind dies:

- a) die Organschaft von Institutionen, die nach dem behördenmäßigen Aufbau "eigene" Behörden des Trägers der von ihnen wahrgenommenen Hoheiten sind.²⁾ Es handelt sich also um die Organschaft von Institutionen, die - wenn vielleicht

2) Vgl. zum Begriff der Organzuständigkeit oben § 5 Ziff. 1, S. 19ff.

3) So z.B. eine Delegation nach Art. 108 Abs. 3 S. 4 GG, vgl. dazu oben § 13 Ziff. 1, S. 62ff.

4) So z.B. eine Delegation nach Art. 60 Abs. 3 GG, vgl. dazu oben § 13 Ziff. 1, S. 62ff.

1) Vgl. dazu oben Fußnote 7 (unter b) zu § 5, S. 20.

2) So z.B. die "bundeseigene Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau" i.S. des Art. 87 Abs. 1 S. 1 GG, die Verwaltung der Verbrauchssteuern durch "Bundesfinanzbehörden" (Art. 108 Abs. 1 S. 1 GG).

auch nicht zum Zwecke der organschaftlichen Wahrnehmung gerade dieser Hoheit, so doch - zum Zwecke der Wahrnehmung von Hoheiten eben dieses Hoheitsträgers geschaffen worden sind;

- b) die Organschaft von Institutionen, die hinsichtlich des behördenmäßigen Aufbaus keine "eigenen" Behörden des Trägers der von ihnen wahrgenommenen Hoheiten sind.³⁾ Dabei ist es gleichgültig, ob die mit Organzuständigkeiten versehene Institution im übrigen selbst Hoheitsträger ist, oder ob sie in den Behördenaufbau einer anderen Institution als deren "eigene" Institution eingefügt ist. Es handelt sich solchenfalls also um Institutionen, deren vorherrschende Zweckbestimmung entweder überhaupt nicht in der Wartung von Hoheiten oder aber nicht in der Wartung von Hoheiten gerade dieses Hoheitsträgers besteht.

2. Erhält eine Institution die organschaftliche Zuständigkeit zur Wahrnehmung einer Hoheit zuerkannt, hinsichtlich derer eine Institution Titulär ist, dem die mit der Organzuständigkeit betraute Stelle behördenmäßig nicht zugehört, so wird eine "fremde" Institution in die Organisation des Titulärs einbezogen, sie wird insoweit "inkorporiert". Da sich diese Inkorporation infolge der Zuerkennung einer Organzuständigkeit vollzieht, soll diese Zuständigkeit hier "inkorporierende Zuständigkeit" genannt werden.

Eine solche inkorporierende Zuständigkeit kann - je nachdem - eine ordentliche oder eine ausserordentliche Zuständigkeit sein.

Ob das eine oder das andere der Fall ist, ist nach den be-

³⁾ Das sind die Fälle der Auftragsverwaltung und der Organelihe.

reits erörterten Regeln⁴⁾ zu ermitteln.⁵⁾ Die Begründung inkorporierender Zuständigkeiten durch Einrichtung einer Auftragsverwaltung oder einer Organleihe hat mithin als solche mit einer Delegation nichts zu tun.

3. Wird eine inkorporierende Zuständigkeit durch Delegation, d.h. als außerordentliche Zuständigkeit, begründet, so soll diese Delegation "inkorporierende Delegation" genannt und dadurch angedeutet werden, daß es sich dabei um die Zuerkennung einer außerordentlichen Organzuständigkeit an eine Institution handelt, die außerhalb des

⁴⁾ Vgl. oben §§ 13 - 19 einerseits, §§ 20 - 23 andererseits.

⁵⁾ a) Regelmäßige inkorporierende Zuständigkeiten sind z.B. die gem. Art. 108 Abs. 1 S. 4 GG begründeten Zuständigkeiten der Landesfinanzbehörden zur Wahrnehmung der Verwaltungshoheit des Bundes bezüglich der einmaligen Vermögensabgaben; vgl. dazu oben § 21 Ziff. 1 und 2, S. 107ff.

b) Eine Ermächtigung zur Begründung außerordentlicher inkorporierender Zuständigkeiten enthielt § 44 Abs. 2 S. 1 des Auslieferungsgesetzes vom 23. Dezember 1929 (RGBl. I, S. 239): "Die Reichsregierung kann die Ausübung ihrer Befugnisse (sc. zur Entscheidung über die Auslieferungsersuchen ausländischer Regierungen gem. § 44 Abs. 1 des Auslieferungsgesetzes) den Landesregierungen übertragen." Die Vorschrift ermächtigte zur Begründung inkorporierender Organzuständigkeiten, da die Auslieferungshoheit ausschließlich beim Reich lag (Art. 78 Abs. 1 WRV), die gem. § 44 Abs. 2 S. 1 des Auslieferungsgesetzes ermächtigten Landesregierungen also in Wahrnehmung einer Reichshoheit und damit als Organe des Reiches tätig wurden. Die Vorschrift ermächtigte zur Begründung außerordentlicher Organzuständigkeiten, da die ordentliche Organzuständigkeit bei der Reichsregierung lag (§ 44 Abs. 1 des Auslieferungsgesetzes) und durch eine Anordnung der Reichsregierung regelmäßig nicht verändert werden konnte. Die Fortgeltung des § 44 Abs. 2 S. 1 des Auslieferungsgesetzes ist nicht zweifelsfrei, kann hier aber dahingestellt bleiben.

behördenmäßigen Aufbaus des Trägers der jeweils wahrzunehmenden Hoheit steht.⁶⁾

4. Die inkorporierende Delegation ist eine Unterart der Delegation einer Organzuständigkeit. Es fragt sich deshalb, ob es erforderlich ist, die Delegation einer Organzuständigkeit auf "eigene" Institutionen des Trägers der jeweils wahrzunehmenden Hoheit besonders zu benennen. Eine solche besondere Benennung empfiehlt sich, weil bei einer Gegenüberstellung der Ausdrücke "Delegation einer Organzuständigkeit" und "inkorporierende Delegation" der Eindruck erweckt wird, es handele sich bei letzterer nicht um die Delegation einer Organzuständigkeit, obwohl sie gerade eine Unterart derselben darstellt. Um diese unerwünschte Möglichkeit auszuschließen, soll die Delegation einer Organkompetenz auf "eigene" Institutionen des Trägers der jeweils wahrzunehmenden Hoheit als "schlichte" Delegation einer Organkompetenz bezeichnet werden.⁷⁾

Es sind also innerhalb der Delegation von Organzuständigkeiten die schlichte und die inkorporierende Delegation zu unterscheiden.

§ 27: Die devolvierende und die konservierende, die totale und die partielle Delegation

1. Das dritte Einteilungsprinzip betrifft das Verhältnis der

6) Um eine solche "inkorporierende" Delegation handelte es sich z.B. bei einer "Übertragung der Ausübung" gem. § 44 Abs. 2 S. 1 des Auslieferungsgesetzes; vgl. dazu vorige Fußnote unter b).

7) Eine "schlichte" Delegation einer Organzuständigkeit ist z.B. die "Übertragung" von Zuständigkeiten der obersten Bundesbehörden auf das Bundesausgleichsamt gem. Art. 120a Abs. 1 S. 1 Halbs. 2 GG; vgl. hierzu oben § 15 Ziff. 2, S. 87ff.

außerordentlichen Zuständigkeit zu der ordentlichen Zuständigkeit.

2. Hier ist zunächst zu unterscheiden, ob die ordentliche Zuständigkeit bei Begründung der außerordentlichen Zuständigkeit erlischt oder neben dieser bestehen bleibt.¹⁾

Im ersten Fall liegt eine Delegation vor, die in ihren Auswirkungen der (sogenannten "echten") "devolvierenden" oder "translativen" Delegation i.S. TRIEPELS gleichkommt, im zweiten liegt eine Delegation vor, die der (sogenannten "unechten") "konservierenden" oder "konkurrenzschaffenden" Delegation i.S. TRIEPELS entspricht.²⁾

Von den Bezeichnungen TRIEPELS können die Ausdrücke "echte", "unechte" und "translative" Delegation im Rahmen dieser Untersuchung keine Verwendung finden.

Im Sinne des hier vertretenen Delegationsbegriffs ist ausnahmslos jede Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit eine Delegation; alle sonstigen Sachverhalte sind keine Delegationen. Deshalb ist eine Unterscheidung zwischen "echten" und "unechten" Delegationen überflüssig. Da hier ferner die Auffassung, eine Delegation bestehe in der Übertragung einer Zuständigkeit, ausdrücklich abgelehnt wird, kann auch die Bezeichnung "translative Delegation" nicht benutzt werden.

Es sollen also insoweit nur die Ausdrücke "devolvierende Delegation" einerseits, "konservierende Delegation" oder "konkurrenzschaffende Delegation" andererseits beibehalten und in der angegebenen Bedeutung benutzt werden.

¹⁾ Vgl. dazu oben § 14.

²⁾ Vgl. TRIEPEL Delegation S. 51 u. 59f. Zu berücksichtigen ist allerdings, daß sowohl bei der devolvierenden wie bei der konservierenden Delegation i.S. des hier verwendeten Delegationsbegriffs der Inhaber der ordentlichen Zuständigkeit nicht notwendig mit dem Autor der delegierenden Norm identisch ist (vgl. oben § 15).

3. Eine konservierende Delegation ist aber nicht in der Weise zulässig, daß sich der Inhaber der ordentlichen Zuständigkeit - sofern er gleichzeitig Delegant ist - vorbehält, "nach Gefallen die gleiche Kompetenz auch selber auszuüben."³⁾

Es ist insoweit durchaus zutreffend, wenn OBERMAYER sagt, eine konservierende Delegation begegne "im Hinblick auf das rechtsstaatliche Prinzip einer eindeutigen Kompetenzverteilung grundsätzlichen Bedenken".⁴⁾

Man kann OBERMAYER allerdings nur insoweit zustimmen, als eine konservierende Delegation nicht in der Weise erfolgen darf, daß der Inhaber der ordentlichen Zuständigkeit und der Delegatar in Bezug auf identisch ein und denselben Fall - d.h. kumulativ konkurrierend - zuständig sind, weil damit die Möglichkeit widersprüchlicher gleichrangiger Entscheidungen, mithin zwei sich gegenseitig aufhebende Zuständigkeiten geschaffen würden. Es ist aber durchaus möglich und rechtsstaatlich unbedenklich, eine konservierende Delegation zuzulassen und dabei die rechtmäßige Ausübung der einen Zuständigkeit von Voraussetzungen abhängig zu machen, bei deren Vorliegen eine Ausübung der anderen Zuständigkeit entweder faktisch unmöglich⁵⁾ oder rechtlich unzulässig⁶⁾ ist. Auf diese Weise wird bei der konservierenden Delegation infolge jeweils verschiedener Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des zuständigkeitsgemäßen Handelns jeder Einzelfall dem einen oder dem anderen Organ eindeutig zur Erledigung zugewiesen. Es werden solchenfalls alternativ konkurrierende Zuständigkeiten geschaffen.

Auch die konservierende Delegation vermag deshalb eine

³⁾ Vgl. Delegation S. 53.

⁴⁾ a.a.O. S. 629.

⁵⁾ Etwa "Gefahr im Verzuge" als Voraussetzung rechtmäßiger Ausübung (nur) der konservierend delegierten Zuständigkeit.

⁶⁾ Etwa: Bestimmte tatbestandsmäßig normierte Besonderheiten des Einzelfalls als Zulässigkeitsvoraussetzung für die rechtmäßige Ausübung (nur) der ordentlichen Kompetenz.

eindeutige Kompetenzverteilung zu gewährleisten. Hinsichtlich dieser ist es unerheblich, daß zwei Organe gleiche sachliche, örtliche und funktionale Zuständigkeit haben; entscheidend für die Eindeutigkeit ist nur, daß in Bezug auf ein und dieselbe konkrete Tatbestandserfüllung jeweils nur ein Organ zuständig ist. Diese Eindeutigkeit wird bei der konservierenden Delegation durch eine jeweils andere Ausgestaltung der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des zuständigkeitsgemäßen Handelns des Inhabers der ordentlichen Kompetenz einerseits, des Inhabers der konservierend delegierten Zuständigkeit andererseits in rechtsstaatlich einwandfreier Weise bewirkt. Es kann deshalb gesagt werden, daß zwar auch im Hinblick auf eine eindeutige Zuständigkeitsverteilung eine konservierende Delegation zulässig ist, daß aber dabei nur alternativ konkurrierende Zuständigkeiten geschaffen werden dürfen.

4. Ferner ist zu unterscheiden, ob die außerordentliche Zuständigkeit ihrem Umfange nach der ordentlichen Zuständigkeit ganz oder nur zum Teil entspricht.

Liegt eine völlige Entsprechung vor, d.h. ist der Inhaber der außerordentlichen Zuständigkeit in demselben Umfange zuständig geworden wie der Inhaber der ordentlichen Zuständigkeit, so liegt i.S. TRIEPELS eine totale Delegation vor⁷⁾; ist der Umfang der delegierten Kompetenz geringer, so ist die Delegation partiell⁸⁾. Auch diese Ausdrücke TRIEPELS können hier übernommen und sollen in der angegebenen Bedeutung gebraucht werden.⁹⁾

⁷⁾ Vgl. TRIEPEL Delegation S. 94.

⁸⁾ Vgl. TRIEPEL Delegation S. 94.

⁹⁾ Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, daß - im Gegensatz zu der Auffassung TRIEPELS - auch die von TRIEPEL als "unechte" Delegationen angesehen konservierenden Delegationen und ferner auch solche Sachverhalte unter den Begriff der totalen bzw. partiellen Delegation fallen, bei denen der Inhaber der ordentlichen Zuständigkeit mit dem Autor der delegierenden Norm nicht identisch ist (vgl. oben die §§ 14 und 15).

Eine weitere Unterteilung TRIEPELS, die Scheidung der partiellen Delegation in die generelle Delegation einerseits, die spezielle Delegation andererseits¹⁰⁾, soll hier außer Betracht bleiben. Sie vermag nicht mehr auszusagen als der Begriff der partiellen Delegation als solcher.

5. Insgesamt wird mithin im Rahmen dieser Untersuchung zwischen der Delegation einer Hoheit, der schlichten und der inkorporierten Delegation einer Organzuständigkeit, und bezüglich jeder dieser Delegationen unterschieden, ob sie devolvierend oder konservierend und ob sie total oder partiell ist.

¹⁰⁾ Vgl. Delegation S. 94: "Die partielle Delegation kann wieder generell oder speziell sein, je nachdem sie einen Inbegriff von Befugnissen oder nur eine einzelne abschleibt, das letztere vielleicht sogar nur für einen einzelnen Fall ..." (vgl. dazu, daß die letztgenannte Variante nicht als Delegation angesehen werden kann, oben § 13 Ziff. 6, S. 79ff)

5. Kapitel: Die sogenannte Subdelegation

§ 28: Die Subdelegation als Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit

1. Im Rahmen der Betrachtung der einzelnen Delegationsarten soll nunmehr der sogenannten Subdelegation gedacht werden, obwohl sie keine strukturellen Besonderheiten gegenüber der Delegation aufweist. Auch die sogenannte Subdelegation - d.h. die durch den Inhaber einer bereits delegierten Zuständigkeit (Delegatar und Subdelegant) bewirkte Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit - besteht in der Delegation einer Hoheit oder in der schlichten bzw. inkorporierenden Begründung einer Organzuständigkeit; ist devolvierend oder konservierend, total oder partiell.¹⁾

Die vorliegende Untersuchung ist aber zu Ergebnissen gekommen, die mit dem Delegationsbegriff TRIEPELS als dem in der deutschen Theorie herrschenden Delegationsbegriff nicht übereinstimmen. Hieran ändert nichts, daß die *Terminologie* TRIEPELS zum Teil übernommen werden konnte, weil sie insoweit - wenngleich hier zum Teil andere Sachverhaltsklassen als i.S. TRIEPELS umfassend²⁾ - auch unter den hier vertretenen begrifflichen Voraussetzungen verwendbar erschien.

Mit einer Umstrukturierung des Delegationsbegriffs ändern sich aber auch die Folgerungen, die aus diesem Begriff hinsichtlich der strukturellen Merkmale der sogenannten Sub-

¹⁾ Zutreffend KUHNE a.a.O. S. 62: Die Subdelegationweise durchweg die gleichen Merkmale auf wie die Delegation, und sei "in vollem Umfange, ohne jede Einschränkung, ihr wesensgleich."

²⁾ Vgl. oben die §§ 14 und 15, dazu Fußnote 2 zu § 27, S. 123 und Fußnote 9 zu § 27, S. 125.

delegation gezogen werden müssen. Diese gilt es in ihren Grundzügen darzustellen, um den hier vertretenen Delegationsbegriff auch von dieser Seite zu beleuchten.

2. Wie jede Delegation besteht auch die Subdelegation in der Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit. Die Eigenart der Subdelegation liegt nur darin, daß der Subdelegant mit dem Delegatar identisch, d.h. Inhaber einer außerordentlichen, und als solche³⁾ sowohl der ordentlichen wie der subdelegierten Zuständigkeit ganz oder teilweise gleichen, Kompetenz ist.

Auch die Subdelegation ist nur kraft diesbezüglicher Gestattung einer Norm vom Range mindestens der Regelnorm möglich, die die Geltung der subdelegierenden Norm im Hinblick auf ihren Widerspruch zur Regelnorm wie im Hinblick auf ihren Widerspruch zu der delegierenden Norm ermöglicht. Durch die Delegationsnorm ist dem Deleganten eine Zuständigkeit zur außerordentlichen Regelung der Zuständigkeitsordnung eingeräumt worden. Diese Zuständigkeit umfaßt in jedem Falle die Befugnis zur Aufhebung⁴⁾ und möglicherweise auch die Befugnis zur Änderung der delegierenden Norm⁵⁾. Entsprechendes gilt für den Subdeleganten: Die Subdelegation soll die durch die delegierende Norm geschaffene Zuständigkeitsordnung verändern, d.h. die durch die delegierende Norm gesetzte Abweichung von der Regelnorm durch eine andere Abweichung von der Regelnorm ersetzen. Die subdelegierende Norm ist deshalb im Hinblick auf ihren Widerspruch zur delegierenden Norm und zur Regelnorm nur gültig, sofern sie durch eine Norm mindestens vom Range der Regelnorm gedeckt ist.

Diese Norm kann allerdings verschieden gestaltet sein. Sie kann den Delegatar zur Subdelegation unmittelbar ermäch-

³⁾ Vgl. oben Fußnote 9 zu § 13, S. 67.

⁴⁾ Vgl. oben § 13 Ziff. 6, S. 81f.

⁵⁾ Das ist der Fall, wenn und soweit die Delegationsnorm dem Deleganten die Wahl zwischen verschiedenen möglichen Delegataren überläßt; vgl. dazu oben § 13 Ziff. 6, S. 82.

tigen.⁶⁾ Eine solche Norm begründet unmittelbar die Zuständigkeit des Delegatars (Subdeleganten) zur außerordentlichen Regelung der Staatsorganisation und macht diese Zuständigkeit von der Innehabung der delegierten (subdelegierbaren) Zuständigkeit abhängig. Sie ermöglicht die Geltung der subdelegierenden Norm gegenüber der Regelnorm und der delegierenden Norm.

Die Norm vom Range der Regelnorm kann aber auch den Deleganten zur Setzung der Subdelegations-Zuständigkeit ermächtigen.⁷⁾ Insoweit dabei der Delegant die Befugnis erhält, die Subdelegation auf Stellen zu gestatten, auf die (bereits) der Delegant delegieren konnte, darf er durch eine Anordnung vom Range der delegierenden Norm eine (Sub-) Delegationsbefugnis begründen, die der ihm selbst eingeräumten Delegationsbefugnis ganz (total) oder teilweise (partiell) gleich ist. Die die Gestattung von Subdelegationen zulassende Norm ist solchenfalls selbst eine Delegationsnorm: Sie erlaubt die ~~Delegation der Delegationszuständigkeit~~ auf den Subdeleganten. Sie ermöglicht, daß anstelle des - durch eine Delegationsnorm vom Range der Regelnorm, also - regelmäßig zur Delegation zuständigen Organs ein anderes Organ - durch eine Norm von niedrigerem als dem Range der Delegationsnorm, also - regelwidrig zur Vornahme von Delegationen berufen werden kann.

⁶⁾ So z.B. § 44 Abs. 2 S. 2 des Auslieferungsgesetzes vom 23. Dezember 1929 (RGBl. I, S. 239).

⁷⁾ Solche Normen sind kaum nachweisbar. Dagegen läßt sich feststellen, daß - insbesondere anlässlich der Delegation des Begnadigungs- und des Beamtenernennungsrechts - der Delegant die Befugnis zur Begründung von Subdelegations-Zuständigkeiten ohne weiteres für sich in Anspruch nimmt. Vgl. z.B. a) Art. 1 Abs. 1 S. 2 u. S. 3 Halbs. 1 der Anordnung des Bundespräsidenten über die Ernennung und Entlassung der Bundesbeamten und Bundesrichter vom 17. Mai 1950 (BGBl. I, S. 209) in der Fassung v. 13. Juni 1953 (BGBl. I, S. 383), b) Art. 3 vor Nr. 1 der Anordnung des Bundespräsidenten über die Ausübung des Begnadigungsrechtes des Bundes v. 10. Dezember 1952 (BGBl. I, S. 790). Diese Vorschriften sind durch Art. 60 Abs. 3 GG nicht gedeckt.

Wird dagegen dem Deleganten die Befugnis eingeräumt, dem Delegatar die Vornahme von Subdelegationen auf Subjekte zu gestatten, auf die der Delegant **n i c h t** delegieren durfte, hat also die durch den Deleganten begründbare Subdelegationsbefugnis einen anderen Inhalt als die Delegationsbefugnis, und stehen mithin diese beiden Zuständigkeiten wegen ihrer inhaltlichen Ungleichheit⁸⁾ nicht in dem Verhältnis der regelmäßigen zu der außerordentlichen Zuständigkeit, so erhält der Delegant die Befugnis zur ergänzenden Regelung der durch die Delegationsnorm bewirkten Zuständigkeitsordnung bezüglich der Vornahme von Delegationen, d.h. zur Begründung regelmäßiger (Sub-) Delegationszuständigkeiten:

Die durch den Deleganten gesetzte Subdelegationsnorm ist dann - als durch eine Norm vom Range der Regelnorm und der Delegationsnorm gestattete Ergänzung der regelmäßigen Zuständigkeitsordnung bezüglich der Vornahme von Delegationen durch eine Norm niederen Ranges - eine regelmäßig gesetzte Zuständigkeitsnorm.

Sie begründet eine regelmäßige, die übrigen regelmäßigen Zuständigkeiten des ermächtigten Subjekts erweiternde Delegationszuständigkeit.⁹⁾

Die Tatsache, daß die Zuständigkeit zurVornahme von Subdelegationen auch auf Grund diesbezüglicher Gestattung einer Norm vom Range der Regelnorm durch einen vom Deleganten gesetzten - also durch einen gegenüber der Regelnorm niederrangigen - Rechtssatz begründet werden kann, und daß solchen-

⁸⁾ Vgl. dazu oben Fußnote 9 zu § 13, S. 67.

⁹⁾ Es handelt sich dabei also um inhaltliche Erweiterungen der regelmäßigen Zuständigkeiten des je ermächtigten Organs durch eine regelmäßige Delegationszuständigkeit. (Vgl. bezüglich solcher Sachverhalte, soweit sie verfassungsgesetzlich eingeräumte Zuständigkeiten erweitern, oben § 23). Eine durch den Deleganten kraft diesbezüglicher Gestattung einer Norm vom Range der Regelnorm erteilte Ermächtigung zur Vornahme von (Sub-) Delegationen kann also - je nachdem - eine ordentliche oder eine außerordentliche Delegationszuständigkeit des (Delegatars und) (Sub-) Deleganten begründen.

falls entweder eine regelmäßige oder eine außerordentliche Delegationszuständigkeit des Subdeleganten begründet wird, ist hinsichtlich der juristischen Struktur der Subdelegation unerheblich.

(Auch) die subdelegierende Norm ist im Hinblick auf ihren Widerspruch zur Regelnorm nur gültig, sofern eine Norm vom Range der Regelnorm ihre ausnahmsweise regelwidrige Geltung in einer der beiden beschriebenen Formen ermöglicht:

Soll ein anderes als das zur Disposition über die Regelnorm befugte Organ - also z.B. ein anderes Organ als der zur Disposition über die grundgesetzlichen Zuständigkeitsnormen berufenen verfassungsgändernde Gesetzgeber (Artikel 79 GG) - den durch die Regelnorm bewirkten Rechtszustand verändern können, so ist das nur möglich, sofern eine Norm vom Range der Regelnorm die regelwidrige Geltung des delegierenden Rechtssatzes ausnahmsweise ermöglicht. Über die solcherweise erlaubten Ausnahmen vom Satz des Vorrangs der ranghöheren Norm vor der rangniedereren Norm hinaus können von der Anordnung der Regelnorm abweichende Zuständigkeitsregelungen durch Normen von niedrigerem Rang als die Regelnorm nicht gesetzt werden.

Das heißt: Unabhängig davon, ob und wie weit die Regelnorm (bereits) durch eine delegierende Norm außer Anwendung gesetzt ist, ist eine Subdelegation - als eine Zuständigkeitsregelung, deren Setzer zur Disposition über die Regelnorm nicht befugt ist, und die deshalb einen von der Regelnorm abweichenden Rechtszustand regelmäßig nicht herbeiführen kann - nur zulässig, sofern eine Norm vom Range der Regelnorm die Zuständigkeit zur Subdelegation entweder selbst begründet oder deren Begründung durch den Deleganten gestattet.

Der Delegant aber ist auch nach erfolgter Delegation - d.h. nach Außeranwendung-Setzung der Regelnorm - zur Begründung einer Zuständigkeit zur Vornahme von Subdelegationen nur insoweit imstande, als er durch eine Norm vom Range der

Regelnorm ausdrücklich dazu ermächtigt wird: Da er weder zur Aufhebung noch zur Änderung der Regelnorm befugt ist, kann er nicht bestimmen, welches Subjekt die durch die Regelnorm bewirkte Zuständigkeitsordnung durch Setzung ausnahmsweise regelwidrig geltenden Rechts verändern kann, und welchen niederrangigen Sätzen gegenüber die der Regelnorm kraft ihrer Normstufe eignende Autorität ausnahmsweise nicht zur Geltung gebracht werden soll.¹⁰⁾

Damit zeigt sich, daß auch bezüglich der Subdelegation nur das Verhältnis zwischen der Regelnorm und der subdelegierenden Norm, nicht aber das Verhältnis zwischen der delegierenden Norm und der subdelegierenden Norm strukturell erheblich ist.

§ 29: Die Entbehrlichkeit des Begriffs der Subdelegation

1. Ob die Subdelegation einer Zuständigkeit zulässig ist oder nicht, entscheidet sich nach dem bisher Gesagten danach, ob eine der Regelnorm gleichrangige Norm eine diesbezügliche Zuständigkeit des potentiellen Subdeleganten entweder begründet oder ihre Begründung durch den Deleganten gestattet, und ob sie ferner die Subdelegation gerade auf den potentiellen Subdelegatar zuläßt, damit aber die Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit ermöglicht.

2. Die Subdelegation erweist sich damit als eine Rechtsfigur, deren begriffliche Elemente ausschließlich aus der Tatsache abzuleiten sind, daß die subdelegierte Zuständigkeit eine außerordentliche Zuständigkeit in dem oben¹⁾ dargelegten Sinne ist.

Die begrifflichen Elemente der Subdelegation ergeben sich nur daraus, daß der Subdelegant gleichzeitig Inhaber einer

¹⁰⁾ Vgl. dazu oben § 13 Ziff. 4, S. 75f.

¹⁾ Vgl. oben § 13 Ziff. 4, S. 67ff.

delegierten, d.h. außerordentlichen, und der von ihm begründbaren Zuständigkeit inhaltlich gleichen Kompetenz ist. Damit erweist sich aber die Subdelegation nur als Sonderfall einer nicht durch den Inhaber der ordentlichen Zuständigkeit, sondern durch einen Dritten vorgenommenen Delegation:²⁾

Es hat sich gezeigt, daß die von TRIEPEL als notwendig angesehene Identität von Verlierersubjekt und Handlungssubjekt - i.S. des hier vertretenen Delegationsbegriffs die Identität des Inhabers der ordentlichen Zuständigkeit mit dem Autor der delegierenden Norm - kein spezifisches Merkmal der Delegation ist.³⁾ Eine Delegation kann mithin auch durch ein Subjekt vorgenommen werden, das nicht Inhaber der ordentlichen Zuständigkeit ist: Maßgebend für die Befugnis zur Vornahme von Delegationen ist nicht die Innehabung der ordentlichen Zuständigkeit, sondern die Innehabung einer Zuständigkeit zur außerordentlichen Regelung der Zuständigkeitsordnung.

Die Subdelegation qualifiziert sich unter diesen gedanklichen Voraussetzungen als eine Delegation, die nicht durch den Inhaber der ordentlichen Zuständigkeit, sondern durch ein drittes Subjekt, und zwar auf Grund entweder einer ordentlichen oder außerordentlichen Delegationszuständigkeit vorgenommen wird. Dabei ist diese Zuständigkeit wiederum entweder - sofern durch eine Norm vom Range der Regelnorm eingeräumt - durch die Verleihung der delegierten Zuständigkeit an den Delegatar und Subdelganten aufschiebend bedingt gewährt, oder nach Maßgabe der sie begründenden Anordnung des Deleganten eingeräumt.

Alle diese Tatsachen können aber nicht als artbildende Merkmale in dem Sinne angesehen werden, daß der Subdelegation eine besondere Stellung in dem hier entwickelten System der Delegation eingeräumt werden müßte.

²⁾ Vgl. dazu schon oben § 15 Ziff. 4, S. 90f.

³⁾ Vgl. oben § 15.

Das hier verwendete System der Delegation dient - da die Delegation die Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit darstellt - ausschließlich dazu, die Stellung des Inhabers der außerordentlichen Zuständigkeit, nicht aber dazu - wie das beim Begriff der Subdelegation der Fall ist - die Stellung des Setzers der delegierenden Norm knapp und präzise zu bezeichnen.⁴⁾

Da eine Delegation nicht notwendig durch den Inhaber der ordentlichen Zuständigkeit vorgenommen zu werden braucht, die Befugnis zur Vornahme von Delegationen also in keinem Zusammenhang mit der Innehabung der ordentlichen Zuständigkeit durch das delegationsbefugte Organ steht, ist eine besondere Berücksichtigung der Subdelegation - als einer nicht durch den Inhaber der ordentlichen Zuständigkeit, sondern durch den Inhaber einer bereits außerordentlichen Zuständigkeit vorgenommenen Delegation - ebenso überflüssig, wie etwa die Berücksichtigung einer Delegation, die nicht durch den Inhaber der ordentlichen Zuständigkeit, sondern durch irgendeinen beliebigen Dritten vorgenommen werden darf.⁵⁾

Wichtig ist im Rahmen des Delegationsthemas nur, daß der Setzer der außerordentlichen Zuständigkeit zu einer derartigen Regelung befugt ist, nicht aber, in welcher Stellung - als Delegant oder als Subdelegant - er diese Regelung setzen darf. Unerheblich ist weiterhin, ob der Setzer der außerordentlichen Zuständigkeit - zufällig - auch der Delegationszuständigkeit die ordentliche oder eine bereits außerordentliche oder überhaupt keine Zuständigkeit innehat, die der von ihm setzbaren außerordentlichen Zuständigkeit inhaltlich gleich ist. Diese Unterscheidungen werden nur im Rahmen der Auffassung erheblich, eine Delegation sei die Übertragung - d.h. ein Wechsel der subjektiven Beziehung - identisch ein und derselben Zuständigkeit bei Identität des Verlierersubjekts mit dem

⁴⁾ Vgl. oben § 24.

⁵⁾ Vgl. dazu die oben § 15 Ziff. 2, S. 87 angeführten Beispiele.

Handlungssubjekt. Im Rahmen des hier vertretenen Delegationsbegriffs können sie eine besondere Klassifizierung (insbesondere) der Subdelegation nicht rechtfertigen.

§ 30: Zum Inhalt des Satzes "delegatus non potest delegare"

1. Gerade weil eine Subdelegation dieselben Strukturelemente aufweist wie eine Delegation, erübrigt sich auch eine eingehende Untersuchung des Satzes "delegatus non potest delegare" bzw. des Satzes "delegata delegari non possunt" im Hinblick darauf, ob diese Sätze etwa nur hinsichtlich der Subdelegation etwas aussagen.

2. Betrachtet man eine Delegation - mit TRIEPEL - als Übertragung einer Zuständigkeit, d.h. als Wechsel der subjektiven Beziehung identisch ein und derselben Zuständigkeit, so vermögen diese Sätze deshalb nichts für die Subdelegation Spezifisches auszusagen, weil identisch ein und dasselbe Objekt nur entweder übertragbar oder nicht übertragbar, nicht aber zwar übertragbar, aber nicht (weiter-) übertragbar sein kann. Dem demselben Objekt kann die Eigenschaft der Übertragbarkeit nur eignen oder nicht eignen; ein Drittes ist ausgeschlossen.

Dementsprechend können die beiden angeführten Sätze nur entweder sowohl hinsichtlich der Delegation als auch der Subdelegation oder weder für die Delegation noch für die Subdelegation gelten.

3. Dasselbe gilt, wenn man die Delegation als Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit auffaßt.

Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, daß man die Ausdrücke "delegatus" bzw. "delegata" nicht als "Inhaber einer außerordentlichen Zuständigkeit" bzw. als "außerordentliche Zuständigkeit" in dem hier entwickelten Sinne übersetzen kann, weil diese Sätze nicht soweit ausdifferenziert sind, daß man sie zu Recht mit Hilfe des hier verwendeten Delegationsbegriffs interpretieren dürfte. Der in diesen Sätzen

je gemeinte Sinngehalt des Ausdrucks "delegare" ist vielmehr durchaus dunkel. Unter Berücksichtigung dieses Umstandes besagen beide Sätze ganz allgemein, daß man etwas, daß man durch einen fremdgesetzten¹⁾ Akt bekommen habe, nicht durch einen Akt gleicher Art weitergeben könne.

Nun ist oben dargelegt worden, daß Zuständigkeiten - mögen sie ordentliche oder außerordentliche Zuständigkeiten sein - "durch" das objektive Recht gewährte - also fremdgesetzte - Berechtigungen sind.²⁾ Der Sachverhalt des "Bekommens" einer Zuständigkeit ist also - unabhängig von der regelmäßigen oder regelwidrigen Geltung der zuständigkeitsgewährenden Norm - insofern stets der gleiche, als die begünstigten Institutionen ihre Zuständigkeiten nur "empfangen", nicht aber für sich selbst "schaffen" können.³⁾

Insofern besagen die beiden angeführten Sätze, daß ein Subjekt, dem durch einen fremdgesetzten Rechtssatz eine Zuständigkeit gegeben ist, selbst keinen Rechtssatz setzen kann, durch den es "seine" Kompetenz auf ein anderes Subjekt "überträgt".

Die beiden Rechtssparömien formulieren damit die Folgerungen, die sich aus der Anwendung des Satzes "lex superior derogat legi inferiori" im Bereiche des Delegationsthemas ergeben, wenngleich sie nur solche - regelmäßig nichtigen - prätendierten und intendierten Delegations- und Subdelegationsakte betreffen, die gerade von dem Inhaber der ordentlichen⁴⁾ oder von dem Inhaber einer bereits außerordentlichen⁵⁾ Zuständigkeit vorgenommen werden⁶⁾: Da die zuständigkeitsbegründende

¹⁾ Da das "delegare" den Akt des Weitergebens an einen anderen meint, so sind die "delegata" das, was man von einem anderen - also durch einen fremdgesetzten Akt - bekommen hat.

²⁾ Vgl. oben § 10 Ziff. 3, S. 52.

³⁾ Vgl. dazu oben Fußnote 7 unter a zu § 5 (S. 20), auch § 18 Ziff. 2, S. 101f.

⁴⁾ Dies bei prätendierten Delegationsakten.

⁵⁾ Dies bei prätendierten Subdelegationsakten.

⁶⁾ Vgl. oben Fußnote 1 i.V. mit § 15 und § 19.

Norm als fremdgesetzte Norm der Disposition des Inhabers der durch sie begründeten Zuständigkeit regelmäßig nicht unterliegt, haben die Anordnungen des Zuständigkeitsinhabers notwendig niedrigeren Rang als die zuständigkeitsbegründende Norm. Prätendierte und intendierte Delegationsakte des Inhabers der ordentlichen Zuständigkeit und prätendierte und intendierte Subdelegationsakte des Inhabers einer bereits außerordentlichen Zuständigkeit sind deshalb regelmäßig nichtig und nur ausnahmsweise - nämlich nur, wenn sie durch eine besondere Norm vom Range mindestens der Regelnorm gedeckt sind - gültig. Aus der regelmäßigen Nichtigkeit der prätendierten und intendierten delegierenden und subdelegierenden Normen folgt, daß der Inhaber einer Zuständigkeit diese regelmäßig nicht "übertragen" kann: "Delegatus non potest delegare", "delegata delegari non possunt".

Die beiden Rechtssprichwörter formulieren damit eine Regel, die sowohl hinsichtlich der Möglichkeit und Zulässigkeit von Delegationen als auch hinsichtlich der Möglichkeit und Zulässigkeit von Subdelegationen gilt. Delegationen und Subdelegationen sind - ebenso wie sie Ausnahmen vom Satze des Vorrangs der ranghöheren Norm vor der rangniederen Norm darstellen - Ausnahmen von den Sätzen "delegatus non potest delegare" und "delegata delegari non possunt".⁷⁾

⁷⁾ Die beiden angeführten Sätze können mithin nicht - insbesondere nicht mit der Behauptung, sie gälten nur hinsichtlich der Möglichkeit und Zulässigkeit von Subdelegationen und schlossen diese schlechthin aus - zur Begründung eines (unzutreffend) angenommenen strukturellen Unterschiedes zwischen Delegation und Subdelegation herangezogen werden.

Lebenslauf

Ich, Julius Günther Barbey, wurde am 26. August 1923 in Eilenburg (Prov. Sachsen) als Sohn des Chefarztes Dr. med. Albert Barbey und seiner Ehefrau Annemarie geb. Forstmann geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach Absolvierung der Grundschule besuchte ich ab Ostern 1933 die Oberschule für Jungen in Eilenburg; das Reifezeugnis wurde mir am 25. Februar 1941 nach meiner Einberufung zum Wehrdienst erteilt.

Im April 1945 geriet ich in sowjetische Kriegsgefangenschaft, aus der ich im März 1949 entlassen wurde.

Vom Sommersemester 1949 bis zum Sommersemester 1950 studierte ich Germanistik an der Freien Universität Berlin. Anschließend studierte ich vier Semester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin und drei Semester Rechtswissenschaft an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 30. Oktober 1954 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm.

Seit dem Jahre 1955 bin ich als wissenschaftlicher Mitarbeiter von Herrn Professor Dr. jur. Friedrich Klein tätig. Seit dem Jahre 1959 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst.

